# Das Verwahrungsdarlehen.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakuktät

der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

**Ulrich Robbel**

Gerichtsreferendar aus Berlin.

Marburg 1934

Buchdruckerei Thiele, Gütersloh i. Westf.

Als Dissertation von der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät angenommen am 18. Juli 1934.

Berichterstatter: Geheimer Justizrat Professor Dr. Franz Leonhard.

Meinem Vater.

## Inhaltsverzeichnis.

## Literaturverzeichnis.


ALR = Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794. Hgg. von Schering.

Bank A. = Bankarchiv, Zeitschrift für Bank- und Börsenwesen. Hgg. von Rießer, Berlin.

Bayerisches Landrecht vom Jahre 1756.

Best, Hermann: Darlehen und depositum irregulare, Diss. Erlangen 1896.

BGB für das Königreich Sachsen vom Jahre 1863.

Brandau, Max: Der unregelmäßige Verwahrungsvertrag. Diss. Erlangen 1899.

Bruckner: Ueber Theodor Niemeyers depositum irregulare in Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, Band 34 S. 56 ff.

Buschs Archiv für Theorie und Praxis des Allgemeinen deutschen Handelsrechts.

Cohn: Ueber die Kreditgeschäfte in Endemanns Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts Band III S. 832 ff.

Corpus Juris civilis. Ausgabe von Th. Mommsen, 1895.

Crome, Carl: System des deutschen bürgerlichen Rechts, 1902.

— Die partiarischen Rechtsgeschäfte, 1897.

Cosack, Konrad: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 7. Aufl. 1922.

Dernburg: Heinrich: Pandekten, 2. Aufl. 1889.

— Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs, 4. Aufl. 1915.

Deutsche Juristenzeitung, hgg. von Laband, Stenglein, Staub, Berlin.

Donner, Günther: Das depositum irregulare. Diss. Greifswald 1902.

Düringer-Hachenburg: Das Handelsgesetzbuch, 3. Aufl. 1932.

Eccius, M. E.: Preußisches Privatrecht, 7. Aufl. 1896.

Eck, Ernst-Leonhard, R.: Vorträge über das Recht des BGB, 1.—2. Aufl. 1903.

Ecker, Hugo: Die rechtliche Natur des regulären und irregulären Bankverwahrungsdepots. Diss. Greifswald 1904.

Endemann, F.: Einführung in das Studium des BGB, 5. Aufl. 1899.

— Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 8. Aufl. 1903.

— Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts, 1885.

Engelmann: Das alte und das neue bürgerliche Recht.
Enneccerus-Kipp-Wolff: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 13. Bearb. 1931.
Entwurf eines BGB für das Königreich Bayern 1860/1864.
Fischer-Henle: Bürgerliches Gesetzbuch, 11. Aufl. 1921.
Fischer-Henle-Titze: Bürgerliches Gesetzbuch, 14. Aufl. 1932.
Fränkel, Eduard: Das Darlehen und die irreguläre Hinterlegung. Diss. Erlangen 1899.
Fülster, Hans: Grundriß des bürgerlichen Rechts, 1922.
Gareis, Karl: Das deutsche Handelsrecht, 8. Aufl. 1909.
Gierke, Otto von: Deutsches Privatrecht, 1917.
Goldmann, E.-Lilienthal, L.: Das BGB, 2. Aufl. 1903.
Gruchot, J. A.: Beiträge zur Erläuterung des preußischen Rechts.
Haidlen: Bürgerliches Gesetzbuch, 1897.
Hartleben von Sarkháza, Leo: Die unregelmäßige Verwahrung und deren Stellung im modernen deutschen Recht. Diss. Leipzig 1904.
Hedemann, J. W.: Schuldrecht des BGB, 1921.
Henle: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, II. Teil Schuldrecht, 1934.
Heußner: H.: Der Uebergang der regelmäßigen Verwahrung in eine unregelmäßige Verwahrung oder ein Darlehen. Diss. Marburg 1921.
JW = Juristische Wochenschrift, hgg. vom Deutschen Anwaltsverein.
Jung, Erich: Bürgerliches Recht.
Koch, C. F.: Recht der Forderungen, 1859.
Kreß, Hugo: Lehrbuch des besonderen Schuldrechts, 1934.
Kuhlenbeck, Ludwig: Von den Pandekten zum Bürgerlichen Gesetzbuch.
— Das Bürgerliche Gesetzbuch, 2. Aufl. 1903.
Leipziger Zeitschrift für Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht, hgg. von Düringer-Jaeger-Könige.
Leitner, Philipp von: Der unregelmäßige Verwahrungsvertrag. Diss. Rostock 1904.
Leonhard, Franz: Allgemeines und besonderes Schuldrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 1929/1931.
— Lehrbuch in kurzen Sätzen, 5. Aufl. 1932.
Löwenstein, Arthur: Depositum irregulare und Darlehen. Diss. Erlangen, 1896.
Loewenwarter, Viktor: Wegweiser durch das BGB, 13.—15. Aufl. 1932.
— Das BGB in der Rechtsprechung der Gegenwart. 1933.
Lotmar, Philipp: Der Arbeitsvertrag, 1902.

Matthiaß, Bernhard: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 6. Aufl. 1914.
Meisner: Das Bürgerliche Gesetzbuch, 1898.
Motive zu dem Entwurf eines BGB für das Deutsche Reich, 1888.
Münster, Paul: Die Umwandlung eines depositum in ein mutuum oder ein depositum irregulare. Diss. Rostock 1907.
Mugdan: Die gesamten Materialien zum BGB für das Deutsche Reich, 1899.
Neumann, Hugo: Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuches, 5. Aufl. 1909.
Niemeyer, Theodor: Depositum irregulare (Diss. Halle 1888) 1889.
Oertmann, Paul: Das BGB. 2. Buch, Recht der Schuldverhältnisse, 5. Aufl. 1929.
Oesterreichisches Bürgerliches Gesetzbuch von 1811.
Plancks Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Aufl. 1928.
Prieß, Gerhard: Das depositum irregulare, seine geschichtliche Entwicklung und Bedeutung im modernen Handelsverkehr. Diss. Erlangen 1930.
Prins, Henry: Darlehen und depositum irregulare auf der Grundlage geschichtlicher Entwicklung. Diss. Breslau 1914.
Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des BGB, 1898.
Reatz: Zweite Lesung des Entwurfs eines BGB für das Deutsche Reich, 1894.
Recht, Rundschau für den deutschen Juristenstand, hgg. von Soergel.
RG = Entscheidungen des Reichsgerichts (in Zivil- und Strafsachen) hgg. von den Mitgliedern des Gerichtshofes und der Reichsanwaltschaft.
RGR Komm. = Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts, 7. Aufl. 1929.
Rießer, Jakob: Das Bankdepotgesetz. 5. Aufl. von Otto Bernstein, 1928.
— Kommentar zum Börsengesetz. Berlin 1909.
Rosenthal, Heinrich: Das Bürgerliche Gesetzbuch, 11. Aufl. 1927.
Rümelin, Gustav: Dienstvertrag und Werkvertrag, 1905.
Scherer, M.: Recht der Schuldverhältnisse des BGB, 1899.
Schey, Josef Frhr. von: Die Obligationsverhältnisse des Oesterreichischen Allgemeinen Privatrechts, 1890.
Schollmeyer, Friedrich: Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse, 2. Aufl. 1904.
Seuffert, J. A.: Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte.
Siber, Heinrich: Schuldrecht, 1931.

Siméon-David: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 14./15. Aufl. 1928.
Sintenis, Karl Friedrich Ferdinand: Das praktische gemeine Zivilrecht, 3. Aufl. 1868.
Soergel: Das Bürgerliche Gesetzbuch, 3. Aufl. 1926.
Staub: Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 14. Aufl. 1933.
Staudinger, J. von: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 9. Aufl. 1930.
Titze, Heinrich: Bürgerliches Recht, Recht der Schuldverhältnisse (in Kohlrausch-Kaskel Enz.), 4. Aufl. 1932.
Thöl, Heinrich: Das Handelsrecht, 6. Aufl. 1879.
Unckell, Hans: Der unregelmäßige Verwahrungsvertrag. Diss. Erlangen 1908.
Vangerow, Karl Adolf von: Lehrbuch der Pandekten, 7. Aufl. 1876.
Venediger, Walter: Die Bedeutung des § 700 Abs. 1 Satz 2 BGB für den Uebergang eines regelmäßigen Verwahrungsvertrags in einem unregelmäßigen Verwahrungsvertrag. Diss. Göttingen 1923.
Warneyer: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, 2. Aufl. 1930.
Windscheid, Bernhard-Kipp, Theodor: Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Aufl. 1906.
Wittekind, Gustav: Depotarten. Diss. Würzburg 1909.
ten Wolde, Heinrich: Ein Beitrag zur Lehre vom § 700 BGB. Diss. Würzburg 1919.
Zeitschrift der Savignystiftung für Rechtsgeschichte.
Zentralblatt für Handelsrecht, hgg. von Goldschmidt-Koppe.

# Das Verwahrungsdarlehen.

## Einleitung.

Für das Rechtsgeschäft des § 700 BGB, der die Begriffe „Verwahrung" und „Darlehen" in Verbindung bringt, hat man die Bezeichnung „Verwahrungsdarlehen" gewählt. Schon diese Bezeichnung deutet an, daß es sich dabei nicht um einen der einfachen gesetzlichen Vertragstypen (wie Verwahrung oder Darlehen) handelt, sondern daß das Verwahrungsdarlehen einen Vertrag darstellt, der bei seiner Entstehung verschiedene Vertragselemente aufgenommen hat. Es erscheint daher notwendig, zur Klarstellung und begrifflichen Festlegung der den Parteien gegebenen Möglichkeiten der Erörterung über das Verwahrungsdarlehen einige Worte über Vertragsvermischungen einleitend voranzustellen.

Das BGB ist in seinem „Recht der Schuldverhältnisse", im Recht des Geschäftsverkehrs des täglichen Lebens, beherrscht von dem Grundsatz der Vertragsfreiheit — Privatautonomie der Einzelpersönlichkeit [1]) —. Der Entschlußkraft und Initiative der Parteien ist freier Raum gegeben, den Inhalt der Verträge in beliebiger Weise auszugestalten. Davon wird durch Aufstellen zwingender, durch Parteiabreden nicht zu beseitigender Vorschriften nur ganz selten abgegangen, und zwar im allgemeinen nur da, wo es sich um den Schutz wirtschaftlich Schwacher handelt, so besonders im Dienstvertragsrecht (§§ 617 19). Hier gründet sich die Beschränkung der Vertragsfreiheit auf das berechtigte Interesse, das die Allgemeinheit an der Unabdingbarkeit solcher Schutzvorschriften hat. Trotz der Freiheit in der Ausgestaltung der Verträge ist jedoch zu beobachten, daß sich das tägliche Leben in gewissen typischen Vertragsarten, die sich schon früh herausgebildet haben, bewegt. Der Grund dafür ist offenbar in einer gewissen Wechselwirkung zwischen Leben und Vertragsarten zu suchen. Auf der einen Seite ist die mehr oder weniger große Gleichförmigkeit und Aehnlichkeit des Lebens geeignet, typische Vertragsarten zu entwickeln, anderseits ist es durchaus begreiflich, daß die allmählich entstehenden typischen Vertragsarten ihrerseits gestaltend auf das Leben eingewirkt haben. Die Anwendung der mit ihnen verknüpften feststehenden Begriffe und Ausdrücke für die Geschäftsarten mußte wesentlich zur Erleichterung des Verkehrs beitragen, da die Folgen solcher bestimmter Vertragsarten bekannt waren und durch die Wahl dieser Vertragsart als vereinbart angesehen wurden, ohne daß es besonderer ausdrücklicher Abreden bedurfte. Mit Recht weist Venediger [2]) darauf hin, daß die Parteien

[1]) Cosack § 51 II.
[2]) S. 92/93.

freie Hand haben in der Auswahl beim Abschluß der Verträge, daß aber dann, wenn die Parteien ein bestimmtes Geschäft zur Rechtsgrundlage gemacht haben, das Gesetz an dieses Geschäft Rechtsfolgen knüpft, die vom Willen der Parteien unabhängig sind.

Diese typischen Vertragsarten sind fast alle im zweiten Buch des BGB angeordnet und mit genauen Regelungen versehen [3]), wobei im übrigen bemerkenswert ist, daß, wie sich aus einer Betrachtung des zweiten Buches VII. Abschnitt ergibt, für die Anordnung des Gesetzes nicht der Entstehungsgrund maßgebend ist, sondern mehr der Leistungsinhalt. Aber auch die Regelung der einzelnen Vertragstypen enthält nicht zwingendes Recht, sie lassen vielmehr Raum für anders geartete vertragliche Abmachungen der Parteien. Denn es werden, wie Leonhard [4]) aufzeigt, vom Gesetz zwei Rechtssätze aufgestellt, zunächst ein ermächtigender Rechtssatz, durch den die Parteien — meist nicht ausdrücklich, sondern nur implicite — die Ermächtigung erhalten, freie Bestimmungen zu treffen, und dann ein aushelfender Rechtssatz, der für den Fall, daß von den Parteien nicht alles vollständig und eindeutig geregelt ist, mit seiner gesetzlichen Bestimmung eine Aushilfe darstellt. So gibt die Vertragsfreiheit die Möglichkeit, ganz beliebige frei erfundene Verträge abzuschließen, sogenannte atypische Verträge, die nach Analogie verwandter Vertragstypen und nach allgemeinem richterlichen Ermessen zu beurteilen sind. Sie stellt es den Parteien auch frei, die typischen Verträge in einzelnen Bestimmungen durch Sonderabreden abzuändern und namentlich in den Leistungsinhalt eines Vertrags Leistungen aufzunehmen, die nicht diesem, sondern einem andern Vertragstyp angehören — gemischter Vertrag — oder sie überläßt es den Parteien, zwei oder mehrere verschiedene Vertragstypen im Ganzen miteinander zu vereinigen — Vertragsverbindung —. Die beiden letzten Fälle, gemischter Vertrag und Vertragsverbindung, sind scharf auseinander zu halten, da es sich bei dem gemischten Vertrag um einen einheitlichen Vertrag handelt — „nicht gemischte Verträge, sondern ein gemischter Vertrag" [5]) —, während die Vertragsverbindung die Vereinigung mehrerer Verträge zeigt.

Ueber die Einteilung der Vertragsvermischungen, die für die Einreihung der einzelnen praktischen Fälle Bedeutung hat, gehen die Meinungen sehr auseinander. Enneccerus [6]) lehnt die oben gegebene einfache Zweiteilung als zu eng und nicht ausreichend ab. Ihm genügt auch die Dreiteilung,

---

[3]) Besonderheiten, wie z. B. Verlagsverträge, Ausgedinge u. ä., für die besondre Reichs- bzw. vorbehaltene Landesgesetze gelten, können bei dieser mehr allgemeinen Betrachtung unberücksichtigt bleiben.

[4]) Schuldr. I S. 316; vgl. auch Enneccerus, Allg. Teil § 45, I und Oertmann I, 21.

[5]) Leonhard, Schuldr. I S. 324.

[6]) Schuldv. § 100 pr.

die Lotmar [7]) vornimmt, nicht. Er bringt vielmehr eine genaue Einteilung in drei große Gruppen: A) Vertragsverbindungen, B) gemischte Verträge im weitern Sinne, C) typische Verträge mit untergeordneten andersartigen Nebenleistungen und unterteilt diese großen Gruppen wieder auf die präziseste Weise weiter. Er erreicht damit vielleicht eine sehr gründliche theoretische Unterscheidung in einem juristisch fein gegliederten System, kann jedoch nicht verhindern, daß dabei schließlich die Uebersicht verloren geht. Vollends unbrauchbar wird eine solche zergliedernde Unterteilung dann, wenn es wie bei Hoeniger nicht gelingt, für die einzelnen Gruppen und Unterabteilungen passende, ein Behalten ermöglichende Gesamtnamen zu finden [8]).

Nach der ganzen Sachlage erscheint es uns richtig und zweckmäßig, bei der oben gegebenen, von Leonhard [9]) vorgeschlagenen einfachen Einteilung in „gemischter Vertrag" und „Vertragsverbindung" zu bleiben. Denn auch Enneccerus [10]) muß zugeben, daß die letzte Entscheidung über die Frage, welcher Fall gegeben ist, doch nach Maßgabe des Einzelfalles, des wirtschaftlichen Zweckes, der Parteiinteressen usw. dem Ermessen des Betrachtenden überlassen bleiben muß [11]).

Wenn wir nun das Ergebnis dieser allgemeinen Betrachtung auf das Verwahrungsdarlehen anwenden, so kommen wir zu der Feststellung, daß es sich bei dem Verwahrungsdarlehen, obgleich die Bezeichnung leicht dazu veranlassen könnte, nicht um eine Vertragsverbindung handelt, sondern daß ein gemischter Vertrag vorliegt, und zwar so, daß der gemischte Vertrag Bestandteile des Verwahrungsvertrags und des Darlehensvertrags mit leistungsmäßiger Besonderheit enthält.

Bei einem so gemischten Vertrag muß die Untersuchung sich darauf erstrecken [12]), ob

1) die Bestandteile der verschiedenen Vertragsarten in der Verbindung so gleichwertig sind, daß dabei eine Artmischung und damit ein neues Vertragsgebilde entsteht, oder ob

2) der Bestandteil der einen Vertragsart so stark überwiegt, daß der gemischte Vertrag noch zu ihr gerechnet werden kann; es bleibt dann bei

---

7) Arbeitsvertrag Bd. I S. 177 ff.: 1) mehrere Verträge = Kumulation, 2) einheitlicher Vertrag, für den nur die Natur des einen Vertrags entscheidet = Absorption, 3) einheitlicher Vertrag, für den aber die Vorschriften mehrerer Verträge maßgebend sind = Kombination.

8) Hoeniger, Die gemischten Verträge in ihren Grundformen, 1910. Das System selbst ist dem von Enneccerus ähnlich. Vgl. Enneccerus, Schuldv. § 100 B I Anm. 10 u. 15.

9) Schuldr. I S. 324.

10) Schuldv. § 100 pr.

11) Aehnlich äußert sich Staudinger Einl. zu § 305 II 5 b, daß das oberste Prinzip jeder Vertragsauslegung sein müsse, nach den Grundsätzen der §§ 133, 157, 242 dem Willen der Parteien gerecht zu werden, und daß dieses Prinzip niemals der Systematik geopfert werden dürfe.

12) Vgl. Leonhard, Schuldr. I, S. 325.

diesem Vertragstyp mit der Besonderheit, daß er mit andern Bestandteilen gemischt ist: Artvertrag mit Beimischung [13]).

Da wir im Endergebnis unsrer Untersuchung zu einer Ablehnung des Punktes 1) kommen, wollen wir hier unser Hauptaugenmerk auf den zweiten Punkt richten. Bei diesem sind dem einen Vertragstyp artfremde Beimischungen zugegeben, die jedoch den ersten Vertragstyp in seinem Charakter nicht stören. Der Hauptvertragscharakter wird durch die Nebenleistungen aus einem andern Vertragstyp nicht geändert. Aus diesem Grunde will auch Enneccerus [14]) dieses vertragliche Gebilde nicht unter die gemischten Verträge rechnen. Dem ist jedoch nicht zu folgen, weil eine Typenmischung zweifellos vorliegt.

Hier ist auch die Behauptung Hoenigers [15]) abzulehnen, daß eine Unterscheidung von Haupt- und Nebenleistungen nicht möglich sei. Wollte man dieser Auffassung folgen, ergäbe jede Mischung eine Artmischung, ein neues Vertragsgebilde. Mit Recht treten ihr daher Enneccerus [16]) und Leonhard [17]) entgegen, und auch eine wirtschaftliche Betrachtung der Verträge ergibt die Unrichtigkeit dieser Ansicht, die sich auch nicht darauf berufen sollte, daß es zuweilen schwierig sein wird, festzustellen, welches die Haupt- und welches die Nebenleistung eines Vertrags ist.

Solche Fälle der Beimischung artfremder Leistungsbestandteile können durch Gesetz, z. B. eindeutig § 536, § 706 Abs. 2 BGB, oder auch durch Parteiabreden geschaffen sein. Notwendig richtet sich hier der Vertrag nach dem Recht der Hauptart, namentlich hinsichtlich der Formerfordernisse, aber er verpflichtet gleichzeitig auch zu der aus dem andern Vertragstyp stammenden, seinem Hauptzweck untergeordneten Nebenleistung, die ihrerseits nach den Regelungen der fremden Vertragsart beurteilt werden muß.

---

[13]) Dem entspricht bei dem System von Enneccers Schuldv. § 110 C der typische Vertrag mit untergeordneter andersartiger Nebenleistung und bei dem System von Staudinger Einl. zu § 305 II 5 b $\alpha$ $\beta\beta$ der gemischte Vertrag mit aneinandergereihtem Typ und mit Ueberwiegen des einen Typs.

[14]) Schuldv. § 100.

[15]) Die gemischten Verträge, S. 105 ff.

[16]) Schuldv. § 100, Anm. 19.

[17]) Schuldr. I S. 327.

# I. Teil.
# Das Verwahrungsdarlehen in seinen gesetzlichen Tatbeständen.

## Kapitel 1.
## Verwahrungsvertrag, Darlehensvertrag, § 700 BGB.

Um das Verwahrungsdarlehen in seiner wirtschaftlichen und rechtlichen Erscheinungsform zu kennzeichnen, ist es notwendig, auf die gesetzlichen Grundlagen dieses Rechtsgeschäfts näher einzugehen. Sie finden sich im § 700 BGB und im § 2 des Gesetzes, betreffend die Pflichten der Kaufleute bei Aufbewahrung fremder Wertpapiere vom 5. Juli 1896.

Im VII. Abschnitt des Rechts der Schuldverhältnisse findet sich unter dem 12. Titel als letzter Paragraph folgende gesetzliche Vorschrift:

„Werden vertretbare Sachen in der Art hinterlegt, daß das Eigentum auf den Verwahrer übergeben und dieser verpflichtet sein soll, Sachen von gleicher Art, Güte und Menge zurückzugewähren, so finden die Vorschriften über das Darlehen Anwendung. Gestattet der Hinterleger dem Verwahrer, hinterlegte vertretbare Sachen zu verbrauchen, so finden die Vorschriften über das Darlehen von dem Zeitpunkt an Anwendung, in welchem der Verwahrer sich die Sachen aneignet. In beiden Fällen bestimmen sich jedoch Zeit und Ort der Rückgabe im Zweifel nach den Vorschriften über den Verwahrungsvertrag.

Bei der Hinterlegung von Wertpapieren ist eine Vereinbarung der im Abs. 1 bezeichneten Art nur gültig, wenn sie ausdrücklich getroffen wird."

Diese Gesetzesbestimmung steht unter dem Titel Verwahrung, ordnet jedoch die Anwendung der Regeln über das Darlehen an. Dementsprechend ist auch der Name „Verwahrungsdarlehen" mit Recht gewählt, den Leonhard [1]) zuerst gebraucht. Dieses Rechtsgebilde ist unter den verschiedensten Namen bekannt. Das klassische römische Recht hatte keinen besondern Namen, sondern bezeichnete es (Paulus L 26 § 1 Dig 16, 3) contractus depositae pecuniae modum excedens oder (Papinian L 24 Dig 16, 3) res depositi notissimos terminos egrediens. In der Zeit der Rezeption kam [2]) von Jason de Maino um 1500 zuerst gebraucht der Name depositum irregulare auf, der das ganze gemeine Recht bis in die neueste Zeit des BGB hinein beherrschte.

---

[1]) Schuldr. II S. 264.

[2]) wie Niemeyer S. 110 Anm. 21 nachweist.

In der neuern Wissenschaft sind einige moderne Namen aufgetaucht, so Wertverwahrungsvertrag oder Scheinverwahrungsvertrag [3]), Darlehensartiger Verwahrungsvertrag [4]). Am besten erscheint noch der Ausdruck von Enneccerus [5]) Hinterlegungsdarlehen. Passender aber ist es wohl, statt Hinterlegung Verwahrung einzusetzen, da das Gesetz den 12. Titel nicht Hinterlegung, sondern Verwahrung nennt. Aehnlich wählt auch Eck-Leonhard [6]) den Namen Verwahrungsartiger Darlehensvertrag.

Die herrschende Meinung aber begnügt sich unverständlicher Weise mit einer reinen Uebersetzung des lateinischen gemeinrechtlichen Ausdrucks und bezeichnet dieses Rechtsgebilde allgemein als unregelmäßigen Verwahrungsvertrag, wobei Brandau [7]) richtig darauf hinweist, daß konsequenter Weise nach der Anordnung des § 700 der Ausdruck unregelmäßiger Darlehensvertrag gewählt werden müßte.

Das RG hat sich keinen dieser Ausdrücke zu eigen gemacht, sondern begnügt sich mit dem Ausdruck „Vertrag im Sinne des § 700“ [8]).

Das Nebeneinander der Vertragstypen „Verwahrung“ und „Darlehen“ macht es notwendig, sich kurz über die Begriffe, die Unterscheidungen, die äußern Merkmale und die Rechtswirkungen der beiden Verträge klar zu werden.

Durch den Verwahrungsvertrag übernimmt nach § 688 der Verwahrer die Verpflichtung, eine ihm vom Hinterleger übergebene bewegliche Sache aufzubewahren [9]). Gegenstand des Vertrags können nur bewegliche Sachen sein. Bei Grundstücken würde eine solche Verpflichtung entweder als Dienstvertrag oder als Auftrag anzusehen sein [10]). Die Sache muß dem Verwahrer übergeben sein, sonst kommt der Vertrag nicht zustande; es genügt nicht schon die reine Willenseinigung der Parteien, die Verwahrung ist also wie schon im gemeinen Recht auch heute noch ein Realkontrakt [11]). Der Leistungsinhalt ist auf seiten des Verwahrers, die Sache ordnungsgemäß aufzubewahren, d. h. ihr einen angemessenen Platz einzuräumen und eine gehörige Obhut walten zu lassen. Von besonderer Bedeutung ist, daß der Verwahrer nicht berechtigt ist, die Sache zu gebrauchen. Während das gemeinrechtliche depositum stets unentgeltlich war, eine entgeltliche Aufbewahrung als locatio angesehen wurde, kann nach dem BGB für die Aufbewahrung stets eine Vergütung vereinbart werden, ja nach § 689 ist sie unter gewissen Voraussetzungen sogar als vereinbart zu vermuten. Das Eigentum an der hinter-

---

[3]) Cosack § 154 VI.
[4]) Wolde S. 23.
[5]) Schuldv. § 168; so auch Fülster S. 351.
[6]) S. 540.
[7]) S. 25.
[8]) Bd. 126, S. 342 u. 344.
[9]) L 1 pr Dig 16, 3: depositum est quod custodiendum alicuius datum est.
[10]) So auch Kreß § 223 Anm. 1.
[11]) Herrschende Meinung, gegen die sich unrichtig Cosack § 154 III, Meisner § 688 Anm. 2, Münster S. 79 und andere wenden.

legten Sache bleibt bei dem Hinterleger, der auch für die Sache weiter die Gefahr tragen muß. Trifft den Verwahrer jedoch ein Verschulden an dem Untergang oder der Beschädigung der hinterlegten Sache, so ist bei einem entgeltlichen Verwahrungsvertrag der Verwahrer für jedes Verschulden (§ 276) haftbar, bei einem unentgeltlichen Verwahrungsvertrag braucht er nur für die Sorgfalt einzustehen, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt (§ 690)[12]. Der Hinterleger ist neben der u. U. vereinbarten Vergütung in jedem Falle nach § 693 dem Verwahrer zum Ersatz der erforderlichen Aufwendungen verpflichtet. Der Verwahrungsvertrag wird dadurch beendet, daß nach § 695 der Hinterleger jederzeit, auch dann, wenn eine Aufbewahrungsfrist vereinbart wurde, berechtigt ist, die Sachen vom Verwahrer zurückzuholen; auch dadurch, daß der Verwahrer vom Hinterleger die Rücknahme der hinterlegten Sache verlangt. Diese Möglichkeit hat er jedoch nur, wenn keine Zeit für die Aufbewahrung angesetzt war (§ 696). Der entgeltliche Verwahrungsvertrag ist im System der Verträge betrachtet ein gegenseitiger Vertrag; d. h., da alle Verträge „gegenseitig" in dem Sinne sind, daß sie sich stets aus zwei gegenübertretenden Willenserklärungen zusammensetzen, besser ausgedrückt ein gegenseitig verpflichtender Vertrag. Der unentgeltliche Verwahrungsvertrag dagegen ist ein einseitig verpflichtender Vertrag. Es könnte höchstens in Ansehung der Verpflichtung zum Ersatz von Aufwendungen von einem unvollkommen zweiseitig verpflichtenden[13]) Vertrag gesprochen werden, wobei die Hauptverpflichtung, die den Vertrag bestimmende und ihm seinen Inhalt gebende Leistung bei dem Verwahrer liegt.

Streng einseitig verpflichtend dagegen ist in jedem Falle das Darlehen. Durch den Darlehensvertrag wird derjenige, der Geld oder andere vertretbare Sachen in sein Vermögen übergeführt erhalten hat, verpflichtet, dem Darleiher das Empfangene in Sachen von gleicher Art, Güte und Menge zurückzugewähren (§ 607 I)[14]). Gegenstand des Vertrags sind hier nur Geld und andere vertretbare Sachen. Auch das Darlehen ist ein Realkontrakt, der in jedem Falle erst mit der Hingabe zustande kommt, auch dann, wenn die Vereinbarung über die Rückgabepflicht des Empfängers nicht erst bei der Hingabe, sondern schon vorher geschlossen sein sollte[15]). Die Hingabe erfolgt der Regel nach in natura, wodurch der Empfänger, was hier im Gegensatz zum Verwahrungsvertrage von besonderer Bedeutung ist, das Eigentum an den übergebenen Sachen erhält. Es genügt aber auch, daß der Wert des Darlehensgegenstandes in das Vermögen des Empfängers übergeführt

---

12) Wörtliche Uebersetzung von L 72 Dig 17, 2: sufficit enim talem diligentiam communibus rebus adhibere qualem suis rebus adhibere solet.

13) Enneccerus, Schuldv. § 32 I 2 b: nicht streng einseitig.

14) Begriff des Darlehens im römischen Recht bei Paulus L 2 pr Dig 12, 1.

15) RG 71, 117. Herrschende Meinung in der Literatur, besonders Endemann, BGB § 184 Anm. 1 weist darauf hin, daß die Realkontraktsnatur, wenn auch die Motive (Bd. 2 § 453, S. 306) sich nicht entscheiden wollten, durch die Fassung der Gesetzesworte deutlich zum Ausdruck gebracht ist.

wird. Hierdurch wird an dem Charakter des Darlehensvertrags als eines Realkontrakts nichts geändert. Die res ist nur etwas freier aufgefaßt. Schließlich besteht auch noch die Möglichkeit, daß durch besondre Vereinbarung eine andere bestehende Schuld in ein Darlehen umgewandelt werden kann (§ 607 Abs. 2). Auf seiten des Empfängers tritt neben die Rückgabepflicht weiter die Verpflichtung Zinsen zu zahlen, die aber auf besondrer, wenn auch nicht immer ausdrücklicher Vereinbarung beruht [16]).

Während Gegenstand des Verwahrungsvertrags, wie ausgeführt, jegliche bewegliche Sachen sein können, hat es § 700 lediglich mit den vertretbaren Sachen zu tun [17]). Diese sind eine Unterart der beweglichen Sachen, und zwar solche, die im Verkehr nach Zahl, Maß oder Gewicht bestimmt zu werden pflegen (§ 91) [18]). Die bedeutendste vertretbare Sache ist das Geld, das daher auch vornehmlich Gegenstand des Verwahrungsdarlehens ist. Aber dieser Vertrag ist auf Geld nicht beschränkt, Oel, Spiritus in Tanks, Wein in Lagerfässern, Getreide in Silospeichern [19]), besonders auch vertretbare Wertpapiere können Gegenstand dieses Vertrags sein.

## Kapitel 2.
## Die verschiedenen Fälle des § 700 Abs. 1.

### a) Abs. 1 Satz 1.

Der § 700 unterscheidet in seinem ersten Absatz zwei verschiedene Fälle. Nach Satz 1 dieses Absatzes erfordert das Entstehen eines Verwahrungsdarlehens zwei Vereinbarungen unter den Parteien, die gleich bei der Hingabe der vertretbaren Sachen vorgenommen werden müssen, einmal die Abrede, daß das Eigentum an den übergebenen Sachen auf den Verwahrer übergehen soll [1]), und dann die Abmachung, daß der Verwahrer verpflichtet sein soll, Sachen von gleicher Art, Güte und Menge zurückzugewähren.

Diese beiden Vereinbarungen, die eine ein dinglicher, die andere ein schuldrechtlicher Vertrag sind wesensnotwendig; sie zusammen ergeben erst die Natur des Verwahrungsdarlehens. Dadurch unterscheidet sich das Verwahrungsdarlehen, worauf Leitner [2]) richtig hinweist, vom Kauf. Dort

[16]) Bei Kaufleuten notwendig Zinspflicht, § 353 HGB.

[17]) Damit ist durch positive gesetzliche Vorschrift die Gegenmeinung des 19. Jahrhunderts abgelehnt, die unverständlicherweise auch an nicht vertretbaren Sachen ein depositum irregulare zulassen wollte.

[18]) Diese Begriffsbestimmung ist eine Uebersetzung der klassischen res quae pondere numero mensurave constant (pr Inst III, 14) oder consistunt (L 2 § 1 Dig 12,1).

[19]) Getreide und Wein werden schon in den Quellen erwähnt (L 11 C 4,32; L 22 Dig 12,1).

[1]) Im römischen Recht und auch noch im § 640 des Entwurfs II war diese Vereinbarung nicht notwendig.

[2]) S. 16.

ist zur ordentlichen Abwicklung auch ein obligatorischer und ein dinglicher Vertrag erforderlich. Aber es ist der obligatorische Vertrag das Veräußerungskausalgeschäft und der dingliche Vertrag das Veräußerungsvollzugsgeschäft, während hier erst durch das Zusammenwirken beider Verträge das Verwahrungsdarlehen entsteht. Der Grund, der den Hinterleger veranlaßt, bei der Hingabe der Sachen mit dem Verwahrer nicht einen einfachen Verwahrungsvertrag zur Sicherstellung der bestimmten übergebenen Sachen abzuschließen, sondern vielmehr die beiden oben genannten besondern Abreden zu treffen, liegt in der Tatsache, daß es sich hier um vertretbare Sachen handelt. Diese vertretbaren Sachen haben ihren Wert nicht in der Einzelsache, sondern die verschiedene Größe, die verschiedene Menge, in der sie zusammengefaßt auftreten, bilden unter der Voraussetzung der gleichen Art im Verkehr den Wertmesser. Sie werden nicht als einzelnen Objekte betrachtet, sondern ihr Vermögenswert wird mit Rücksicht auf ihre Qualität und Quantität errechnet. Die Absicht des Hinterlegers geht daher nicht wie beim Verwahrungsvertrag dahin, die bestimmten Stücke in sicherer Obhut zu wissen, ihm ist es vielmehr um den durch die hinterlegten Stücke dargestellten Wert zu tun. Die Stücke selbst will er nicht zurückerhalten [3]).

Die Rechtsstellung der Parteien erfährt durch die beiden Abreden des Verwahrungsdarlehens gegenüber der Stellung der Parteien eines Verwahrungsvertrags eine wesentliche Änderung. Der Verwahrer zunächst wird als Eigentümer der hinterlegten Sachen erheblich freier. Er braucht sie nicht aufzuheben, die genaue Beobachtung der besondern, durch strafrechtliche Vorschriften noch verschärften Sorgfaltspflichten entfällt für ihn, er kann die Sachen für sich verwenden, verbrauchen, veräußern, in jeder Weise frei und selbständig zu seinem Nutzen über sie verfügen. Im besondern, wenn es sich um den Hauptfall der vertretbaren Sache, um Geld handelt, kann er dieses vorteilhaft verzinslich anlegen [4]). Dafür trägt er aber auch vom Zeitpunkt des Vertragsabschlusses [5]) an die volle Gefahr für die hinterlegte Sache. Er haftet unter allen denkbaren Umständen auf Rückgewähr von Sachen gleicher Art, Güte und Menge, denn die übergebene Summe vertretbarer Sachen kann nicht wie eine Einzelsache bei der Verwahrung durch Zufall untergehen, wodurch er von seiner Rückleistungspflicht befreit sein würde. Er muß vielmehr den Wert dem Hinterleger stets zurückerstatten. Diese Gefahrtragung beruht auf dem § 279 BGB, nach dem er sich auf ein auch unverschuldetes Unvermögen zur Rückleistung der Gattung nach bestimmter Sachen nicht berufen kann (genus perire non censetur). Die frühere Auffassung, daß

---

[3]) Es bilden nicht die einzelnen Geldstücke in spezie, sondern die durch sie dargestellte Summe den Gegenstand der Deposition (Urteil des Oberappellationsgerichts Rostock vom 31. 3. 1870 in Seuff. A. Bd. 31 Nr. 28).

[4]) Vgl. Recht 1903 S. 576 Nr. 2921.

[5]) Zu diesem ist auch der Eigentumsübergang notwendig (s. oben). Gefahrtragung und Eigentumsübergang sind aber trotz des in diesem Falle vorliegenden Zusammenfalls voneinander unabhängig.

sie eine Folge des Satzes casum sentit dominus sei, wird von der herrschenden Meinung für das geltende Recht mit Grund abgelehnt [6]).

Der Hinterleger anderseits hat auch hier wie der Hinterleger bei einem Verwahrungsvertrag den Vorteil, der Mühe und der Kosten der Aufbewahrung enthoben zu sein. Er ist in jeder Weise gegen Diebstahl, Brand, Verlust oder sonstige Schäden gesichert. Er ist freilich durch die besondern Abreden nicht mehr Eigentümer der hinterlegten Sachen, er hat daher namentlich im Konkurs des Verwahrers kein Aussonderungsrecht, und zwar selbst dann nicht, wenn die bestimmten Stücke, die er hinterlegt hatte, noch in der Masse vorhanden sind. Ihm steht nur ein schuldrechtlicher Forderungsanspruch zu. Gleichzeitig entfällt für ihn damit auch der strafrechtliche Schutz gegen Untreue und Unterschlagung des Verwahrers. Er tauscht aber gegen diesen Verlust des Eigentums die unbedingte Rückforderbarkeit der hinterlegten Sachen ein, die ihm, wie oben bemerkt, selbst nicht durch Zufall verloren gehen können.

Da der Verwahrer das freie Gebrauchs- und Verfügungsrecht über die Sachen hat und aus ihnen jeglichen Nutzen ziehen kann, ist naturgemäß das Verwahrungsdarlehen kein entgeltlicher Vertrag, der Hinterleger braucht keine Aufbewahrungsgebühr zu entrichten oder für erforderliche Aufwendungen Ersatz zu leisten. Er erhält vielmehr von dem Verwahrer regelmäßig einen nebenbei vereinbarten Zins gezahlt [7]).

Nach allem bietet das Rechtsgeschäft des Verwahrungsdarlehens beiden Teilen gegenüber dem Verwahrungsvertrag so große Vorteile, daß es namentlich bei Geld und Wertpapieren zu einem der gebräuchlichsten Geschäfte des täglichen Lebens geworden ist.

Bei diesem Entstehungsfall des Verwahrungsdarlehens vollzieht sich für die hinterlegten Sachen der Eigentumsübergang von dem Hinterleger auf den Verwahrer sofort mit der Vereinbarung, daß das Eigentum übergehen soll (der Einigung aus § 929) und mit der Hingabe der Sache [8]). Die Entstehung des Geschäfts ist nicht an eine bestimmte Form gebunden, ja die Vereinbarung braucht nicht einmal ausdrücklich zu sein, es sind stillschweigende Abreden ausreichend und für den Abschluß des Verwahrungsdarlehens genügend [9]). Es kann namentlich aus der Art der Hinterlegung geschlossen werden, ob der Wille, Eigentum zu übertragen, vorhanden ist oder nicht.

Die Tatsache, daß diese Vereinbarungen nicht ausdrücklich, sondern stillschweigend möglich sind, hat den Gedanken auftauchen lassen, daß allein wegen der Vertretbarkeit der hinterlegten Sachen schon das Eigentum über-

[6]) a. A. Kuhlenbeck, BGB I S. 481.

[7]) Ueber die rechtliche Bedeutung, die manche Schriftsteller der Zinsvereinbarung beilegen zu müssen glauben, s. unten S. 30.

[8]) Herrschende Meinung. Vgl. Staub Anh. zu § 424 Anm. 46.

[9]) Herrschende Meinung. Vgl. besonders Staudinger § 700, 3; Kuhlenbeck BGB § 700, 1; Endemann, BGB § 185, 5a und Handelsrecht (Cohn) III, S. 925. Die Richtigkeit ergibt ein Vergleich des § 700 Abs. 1 mit dem Abs. 2.

gebe und der Verwahrer zur Rückgabe nur in genere verpflichtet sei. Dem kann jedoch nicht beigetreten werden. Es ist der Wille der Parteien, der den Eigentumsübergang sich vollziehen läßt; es wird ein dinglicher Vertrag geschlossen [10]). Dem steht nicht entgegen, bei der Hingabe von vertretbaren Sachen, namentlich bei Geld eine stillschweigende Erklärung zu vermuten [11]).

## b) Abs. 1 Satz 2.

Anders als nach den unmittelbar vorhergehenden Ausführungen entsteht das Verwahrungsdarlehen nach § 700 Abs. 1 Satz 2 [12]). Hier liegt ein typischer Verwahrungsvertrag vor [13]) mit der Besonderheit, daß der Hinterleger dem Verwahrer gestattet, die hinterlegten Sachen zu verbrauchen [14]). Die Verbauchsgestattung muß klar und deutlich geschehen. Sie stellt einen Vertragsantrag dar, und zwar zu zwei Verträgen, einmal schuldrechtlich zur Umwandlung des Verwahrungsvertrags in ein Verwahrungsdarlehen und dann dinglich zur Uebertragung des Eigentums. Der Antrag, die hinterlegten Sachen zu verbrauchen, wird nach herrschender Ansicht als frei widerruflich anzusehen sein, da der Hinterleger, der berechtigt ist, nach § 695 die hinterlegten Sachen jederzeit zurückzufordern, auch jederzeit zum Widerruf seiner Verbrauchsgestattung in der Lage sein muß [15]). In welchem Zeitpunkt der Hinterleger dem Verwahrer den Gebrauch gestattet, ist gesetzlich nicht vorgeschrieben. Es bestehen daher die beiden Möglichkeiten, daß die Gestattung entweder sogleich bei der Hinterlegung der Sachen oder auch erst später geschieht [16]). Wird die Verbrauchsgestattung schon bei der Hinterlegung vom Hinterleger erklärt [17]), so ist das ein Zeichen dafür, daß er damit einverstanden ist, auch ein Verwahrungsdarlehen abzuschließen. Er hat von vorn-

---

10) Vgl. RG Bd. 5, S. 5; Leitner S. 11.

11) RG Bd. 94 S. 194; Staub Anh. zu § 424 Anm. 47; Venediger S. 88.

12) Nicht naher behandelt sei hier der Fall, daß das Verwahrungsdarlehen dadurch entsteht, daß nach § 607 Abs. 2, der über § 700 als Darlehensregel Anwendung findet, jede beliebige Schuld zwischen zwei Parteien wie dort in ein Darlehen, so hier in ein Verwahrungsdarlehen umgewandelt werden kann. (RG 67, 262.)

13) Vgl. Wortlaut des § 700 „hinterlegte . . . Sachen."

14) Solche Falle sind schon in den römischen Quellen behandelt: L 9 § 9 Dig 12, 1; L 10 Dig 12, 1; L 7 § 2 Dig 16, 3; L 29 § 1 Dig 16,3; L 24 § 2 Dig 42, 5.

15) Dafür u. a. Oertmann § 700, 2; Planck § 700, 3; Staudinger § 700, 2 b; Warneyer § 700, II; Goldmann-Lilienthal S. 719 Anm. 32; Heußner S. 57; Kreß S. 230. a. A. Crome S. 749 Anm. 6.

16) Dieser Ansicht auch Dernburg § 351, 5 S. 520; Staudinger § 700, 2; Rießer S. 110; Neumann § 700, I 3. Dagegen erklaren Oertmann S. 840, Enneccerus, Schuldv. § 168 Ziff. 3; Matthiaß S. 253, III, daß die Verbrauchsgestattung nur sofort bei der Hinterlegung vorgenommen werden könnte, während demgegenüber Crome S. 749, 4 und RGR Komm. § 700, 3 sich dahin aussprechen, daß die Verbrauchsgestattung nur nachtraglich erfolgen könne. Für beide Meinungen ergibt sich jedoch keine ausreichende Begrundung.

17) L 10 Dig 12, 1: „ab initio".

herein nichts dagegen, daß aus dem zunächst geschlossenen Verwahrungsvertrag ein Verwahrungsdarlehen werde, und überläßt dies durch sein Gestatten dem Verwahrer. Ebenso kann er aber auch die Erlaubnis zum Verbrauch der Sachen dem Verwahrer erst dann erteilen, wenn schon eine gewisse Zeit ein Verwahrungsvertrag bestanden hat [18]), ein Fall, der in der Regel auf Bitten des Verwahrers hin eintreten wird. Diese Frage hat aber für den weitern Verlauf der Umwandlung des Verwahrungsvertrags in ein Verwahrungsdarlehen und für das Zustandekommen des Verwahrungsdarlehens sowie seine Folgen keine Bedeutung; darum spricht sich § 700 darüber auch nicht aus, und es erscheint unrichtig, daraus zwei verschiedene Verträge herleiten zu wollen, je nachdem, zu welchem Zeitpunkt der Verbrauch gestattet worden ist [19]).

Der Hinterleger ist immer als der Antragende zu diesem Vertrage anzusehen, seine Willenserklärung ist stets die Offerte. Dies ergibt sich aus folgender Erwägung. Nach den allgemeinen Vertragsbestimmungen (§§ 145 ff.) ist die Vertragsofferte stets empfangsbedürftig [20]), während die Vertragsannahme dem Antragenden nicht besonders erklärt zu werden braucht. Nach § 700 Abs. 1 Satz 2 ist nun der Verwahrer nicht gehalten, eine solche besondre Erklärung dem Hinterleger zum Vertragsabschluß abzugeben, darum kann er nur Annehmender, der Hinterleger nur Antragender sein [21]). An diesem Verhältnis zueinander wird auch nichts geändert, wenn der Verwahrer die treibende Kraft zur Umwandlung des Verwahrungsvertrags in ein Verwahrungsdarlehen ist, wenn er durch eine entsprechende Aufforderung an den Hinterleger, den Verbrauch zu gestatten, den Anstoß zu der Umwandlung gibt.

Durch den Antrag des Hinterlegers, eine Umwandlung des Verwahrungsvertrags vorzunehmen, ändert sich noch nichts an den bestehenden Rechtsverhältnissen. Dies ist besonders wichtig für die Eigentumslage und die Gefahrtragung. Der Uebergang des Eigentums der hinterlegten Sachen von dem Hinterleger auf den Verwahrer und damit die Umwandlung in ein Verwahrungsdarlehen erfolgt erst durch die Aneignung der hinterlegten Sachen. Die Aneignung ist das tatsächliche Verbrauchen der hinterlegten Sachen durch den Verwahrer und verlangt eine Handlung, durch die er wie ein Eigentümer über sie verfügt mit dem Willen, sich dadurch zum Eigentümer zu machen. Äußerlich erkennbare Handlung und Erwerbswillen müssen zusammenwirken, so daß die Handlung mit genügender Sicherheit auf die Absicht des Eigentumserwerbs schließen läßt und sich als der nach außen in die

---

18) L 9 § 9 Dig 12, 1.

19) So Donner S. 44.

20) Leonhard empfiehlt (Kurzes Lehrbuch S. 27) statt empfangsbedürftige Willenserklärung festgerichtete Willenserklärung zu sagen, weil ein Empfangen der Erklärung gar nicht gefordert wird.

21) Vgl. Heußner S. 36.

Erscheinung tretende Wille des Erwerbers darstellt, nunmehr Eigentümer der Sache zu sein [22]).

Nicht ausreichend muß demnach eine Handlung erscheinen, die eine Verfügung über die Sache ist, aber nicht auf Erwerb gerichtet ist. So genügt insbesondere nicht jede Verpfändung der hinterlegten Sachen, da eine Verpfändung sehr wohl möglich ist ohne Aneignung der Sachen [23]). Anderseits ist eine rein subjektive Willensänderung des Verwahrers, von nun an Eigentümer der Sache sein zu wollen, ohne daß diese seine Absicht durch eine Aneignungshandlung irgendwie kenntlich würde, auch nicht genügend [24]). Damit kann gleichzeitig nicht der Ansicht von Best [25]) beigetreten werden, der annimmt, daß schon von vornherein ein wenn auch bedingtes Verwahrungsdarlehen abgeschlossen sei, und zwar unter der Bedingung des tatsächlichen Verbrauchs des Verwahrers. Gleichfalls muß die Meinung von Heußner [26]) abgelehnt werden, daß beide Verträge, der Verwahrungsvertrag und das Verwahrungsdarlehen, gleichzeitig zum Abschluß gekommen seien, und da beide Verträge unmöglich gleichzeitig nebeneinander bestehen könnten, seien beide Verträge bedingt, der Verwahrungsvertrag unter der auflösenden, das Verwahrungsdarlehen unter der aufschiebenden Bedingung des spätern tatsächlichen Gebrauchmachens durch den Verwahrer.

Durch die Aneignungshandlung und den in ihr ausgedrückten Willen des Verwahrers nimmt dieser die in der Verbrauchsgestattung liegende Offerte des Hinterlegers zum Eigentumsübergang und zur Umwandlung in ein Verwahrungsdarlehen an. Es bedarf keiner besondern Annahmeerklärung mehr (§ 151). Wenn ausnahmsweise doch eine ausdrückliche Annahmeerklärung vereinbart wird, bleibt wohl nach richtiger Ansicht der Vertrag trotzdem ein solcher nach § 700 Abs. 1 Satz 2, an dem Zustandekommen durch die Aneignung wird nichts geändert, es wird nur der Zeitpunkt festgelegt, in dem die Aneignung stattfand [27]). Der Eigentumsübergang selbst vollzieht sich nach § 929 Satz 2. Der Verwahrer, der das Eigentum erwerben will, ist bereits im Besitz der Sache durch den Verwahrungsvertrag, es ist daher zum Eigentumserwerb die bloße Einigung zwischen den Parteien genügend [28]). In welchem Zeitpunkt so der Eigentumsübergang stattfindet

---

22) Vgl. RG 52, 205; 58, 286. Freymuth, ZBlHR 1920, S. 77 ff.

23) Vgl. Zitate der Anm. 22 und § 419 HGB.

24) So besonders Leitner S. 34. a. A. Kuhlenbeck § 700, 2; Münster S. 90; Heußner S. 23; während Windscheid § 379 und Sintenis Bd. 2, S. 569 die Frage offen lassen, ob durch Willensübereinstimmung oder erst durch tatsächliches Gebrauchmachen das Verwahrungsdarlehen zustande kommt.

25) S. 60. So ähnlich scheinbar auch Niemeyer S. 47 ff.

26) S. 17.

27) a. A. Venediger S. 105.

28) Dabei ist es ungenau, von traditio brevi manu zu sprechen, wie dies allgemein geschieht und in unserm Falle besonders von Loewenstein S. 51; Münster S. 35 und 91; Hartleben S. 28; Venediger S. 90; auch Niemeyer S. 55. Traditio brevi manu war in Rom eine Besitzübertragungsweise, während es sich hier um Besitzbelassung handelt. (Leonhard, Kurzes Lehrbuch S. 114.)

und das Verwahrungsdarlehen geschlossen wird, erfährt der Hinterleger unter diesen Umständen nicht. Es kann ihm dies auch gleichgültig sein, da er lediglich ein Interesse an der Rückgabe hat; er bekommt eben, wenn die Aneignung noch nicht stattgefunden hat und noch kein Verwahrungsdarlehen zustandegekommen ist, seine hinterlegten Sachen zurück, es war bei dem Verwahrungsvertrag geblieben, oder er erhält, wenn die Aneignung bereits erfolgt und damit ein Verwahrungsdarlehen entstanden ist, Sachen gleicher Art, Güte und Menge, womit er sich, da es ihm nur auf den Wert ankam, durch die Verbrauchsgestattung einverstanden erklärt hat.

Durch die Verbrauchsgestattung von seiten des Hinterlegers und durch die Aneignung von seiten des Verwahrers ist nach dem Willen der Parteien das Eigentum an den hinterlegten Sachen auf den Verwahrer übergegangen und eine Vereinbarung über Rückgewähr von Sachen gleicher Art, Güte und Menge geschlossen worden, es ist demnach ein Verwahrungsdarlehen entstanden. Mit ihm treten nunmehr in vollem Umfange die Folgen und Wirkungen ein, die in diesem Kapitel unter a) näher dargelegt worden sind. Daß die beiden Erklärungen nicht je ein einseitiges Rechtsgeschäft sind, sondern daß sie zusammen als übereinstimmende Willenserklärungen einen Vertrag bilden, sollte im übrigen schon aus der Fassung des § 700 Abs. 2 „Vereinbarung der im Abs. 1 bezeichneten Art" ersichtlich sein.

## Anhang.

§ 700 Abs. 2 bringt eine Besonderheit für den Fall, daß Wertpapiere Gegenstand des Verwahrungsdarlehens sind. Dabei kann es sich, da nach § 700 Abs. 1 das Verwahrungsdarlehen nur bei vertretbaren beweglichen Sachen möglich ist, auch im Abs. 2 nur um vertretbare Wertpapiere handeln. Welche Wertpapiere das sind, ist vom Gesetz nirgends zum Ausdruck gebracht worden, maßgebend muß demnach die Verkehrsauffassung sein (§ 91). Die Frage kann also nicht allgemein, sondern immer nur bei der Betrachtung des einzelnen Falles beantwortet werden, sie muß aber stets vorweg geprüft werden, wenn festgestellt werden soll, ob ein Verwahrungsdarlehen vorliegt oder nicht [29]). Dann erst kann zu der Feststellung übergegangen werden, ob die beiden Vereinbarungen des § 700 Abs. 1 getroffen sind. Während aber § 700 Abs. 1 für die Vereinbarungen keine Formalvorschriften aufstellt, vielmehr alles formlos und stillschweigend geschehen läßt, wenn es nur überhaupt (z. B. durch konkludente Handlungen) als vereinbart angesehen werden kann, verlangt § 700 Abs. 2, daß die Vereinbarungen, wenn Wertpapiere Gegenstand des Verwahrungsdarlehens bilden, „ausdrücklich"

[29]) Einen Anhaltspunkt kann die Aufzahlung des § 1 Depot G. geben, bei der es sich um vertretbare Wertpapiere handelt, wenn auch die Vertretbarkeit nicht zur Bedingung gemacht ist. Vgl. näheres über die vertretbaren Wertpapiere bei S t a u b Anh. zu § 424, Anm. 21 und RG 41, 4 über die Nichtvertretbarkeit von Schecks.

vorgenommen werden. Der Grund dieser Bestimmung liegt darin, daß bei Wertpapieren die Feststellung der Eigentumsverhältnisse besonders wichtig ist. Der Hinterleger hat bei einem Verwahrungsvertrag größern Schutz seines Eigentums durch dinglichen Herausgabeanspruch und strafrechtliche Bestimmungen gegen Untreue und Unterschlagung. Dieses Schutzes geht er bei dem Verwahrungsdarlehen verlustig, und darum muß die Entscheidung, welches Rechtsgeschäft geschlossen sein soll, zwischen den Parteien ganz klar sein. Wie die Protokolle [30]) ausweisen, wollte man mit dem Einfügen dieser besondern Vorschrift verhüten, daß sich die Bankiers auf „Usancen", im Bankverkehr übliche Geschäftsgebräuche, oder auf allgemeine, dem Hinterleger nicht näher mitgeteilte Bedingungen beriefen, denen sich der Hinterleger stillschweigend unterworfen habe, und die es ihnen gestatteten, sich die Papiere anzueignen. Für die „Ausdrücklichkeit" der Vereinbarungen eines Verwahrungsdarlehens bei vertretbaren Wertpapieren hat die Rechtsprechung [31]) ganz besondre Erfordernisse aufgestellt. Es muß klar ersehen werden können, daß sich der Hinterleger bei der Abgabe seiner Erklärung der Bedeutung und der Folgen voll bewußt war, und es genügt nicht, daß unter Zuhilfenahme begleitender Umstände (konkludenter Handlungen) der Willenserklärung ein Sinn beigelegt wird, der eine andre Auslegungsmöglichkeit ausscheidet. Es kann nicht darauf ankommen, was der Hinterleger gewollt hat, sondern lediglich darauf, ob das Gewollte in deutlicher, d. h. eindeutiger, unmißverständlicher Form zum Ausdruck gekommen ist.

## Kapitel 3.
## Das Bankdepotgesetz, besonders seine §§ 1 und 2, in seinen Beziehungen zum § 700 BGB.

Zu den Vorschriften des § 700 über die Entstehung des Verwahrungsdarlehens und namentlich zu der Sonderbestimmung des § 700 Abs. 2, der die vertretbaren Wertpapiere als Gegenstand des Verwahrungsdarlehens regelt, treten noch die besondern Regelungen des Gesetzes, betreffend die Pflichten der Kaufleute bei Aufbewahrung fremder Wertpapiere, vom 5. Juli 1896 [1]). Das Gesetz wird Bankdepotgesetz genannt, obwohl nicht ausschließlich Bankiers für dieses Gesetz in Frage kommen, und seit einem Be-

---

30) S. 396.

31) Vgl. RG 65, 177; RGStr 57, 381; Bank A. 28. Jahrg., S. 261.

1) § 1.

Ein Kaufmann, welchem im Betriebe seines Handelsgewerbes Aktien, Kure, Interimsscheine, Erneuerungsscheine (Talons), auf den Inhaber lautende oder durch Indossament übertragbare Schuldverschreibungen oder vertretbare andere Wertpapiere, mit Ausnahme von Banknoten und Papiergeld sowie von Schatzanweisungen der wertbeständigen Anleihen des Deutschen Reichs ohne Zinsscheine und von Rentenbankscheinen, unverschlossen zur Verwahrung oder als Pfand übergeben sind, ist verpflichtet:

schluß des 27. Juristentages „Depot G." abgekürzt [2]). Den Anlaß zum Erlaß dieses Gesetzes gaben Bankzusammenbrüche in dem Anfang des letzten Jahrzehnts des vorigen Jahrhunderts. Dabei zeigten sich oft große Veruntreuungen der Bankiers, gegen die aber nicht mit voller Schärfe vorgegangen werden konnte, weil sie sich auf Geschäftsusancen beriefen und so der subjektive Tatbestand zur Erfüllung einer Strafnorm häufig entfiel. Es war daher der Zweck des Gesetzes, zum Schutze der Hinterleger die im Geschäftsleben häufig vertretene Ansicht zu widerlegen, daß der Bankier auf Grund allgemeinen und ständigen Geschäftsgebrauchs zur Verfügung über die hinterlegten Papiere immer dann berechtigt sei, wenn er in der Lage sei, andre gleichartige Papiere zurückzugewähren. Die Bankiers hatten diese ihnen angeblich durch Geschäftsgebrauch zustehende Verfügungsbefugnis als Grundlage zu ihren Spekulationen benutzt und fühlten sich nur zur Rückgabe von Wertpapieren gleicher Art, Güte und Menge verpflichtet [3]). Diese Geschäftsusancen sind durch das Gesetz ausdrücklich beseitigt, und strenge Strafvorschriften (§§ 9 ff.) sorgen für die Einhaltung der gesetzlichen Anordnungen.

Das Depot G. hat seine Gültigkeit behalten, auch nachdem 1900 das BGB in Kraft getreten ist. Nach Art. 32 EGBGB bleiben die Reichsgesetze in Kraft und erfahren nur dann eine Aufhebung, wenn diese sich aus dem BGB oder EGBGB ergibt. Das ist beim Depot G. nicht der Fall, es gilt demnach neben den Bestimmungen des § 700 BGB.

Nach § 1 Depot G. ist als Grundsatz aufgestellt, daß der Hinterleger Eigentümer der hinterlegten Sachen bleibt, also einen Verwahrungsvertrag [4])

1) diese Wertpapiere unter äußerlich erkennbarer Bezeichnung jedes Hinterlegers oder Verpfänders gesondert von seinen eigenen Beständen und von denen Dritter aufzubewahren,

2) ein Handelsbuch zu führen, in welches die Wertpapiere jedes Hinterlegers oder Verpfänders nach Gattung und Nennwert der Stücke einzutragen sind; der Eintragung steht die Bezugnahme auf Verzeichnisse gleich, welche neben dem Handelsbuche geführt werden. Die Eintragung kann unterbleiben, insoweit die Wertpapiere zurückgegeben sind, bevor die Eintragung bei ordnungsmäßigem Geschäftsgange erfolgen konnte.

Etwaige Rechte und Pflichten des Verwahrers oder Pfandgläubigers, im Interesse des Hinterlegers oder Verpfänders Verfügungen oder Verwaltungshandlungen vorzunehmen, werden durch die Bestimmung unter Ziffer 1 nicht berührt.

§ 2.

Eine Erklärung des Hinterlegers oder Verpfänders, durch welche der Verwahrer oder Pfandgläubiger ermächtigt wird, an Stelle hinterlegter oder verpfändeter Wertpapiere der im § 1 bezeichneten Art gleichartige Wertpapiere zurückzugewähren oder über die Papiere zu seinem Nutzen zu verfügen, ist, falls der Hinterleger oder Verpfänder nicht gewerbsmäßig Bank- oder Geldwechslergeschäfte betreibt, nur gültig, soweit sie für das einzelne Geschäft ausdrücklich und schriftlich abgegeben wird.

Wird der Verwahrer oder Pfandgläubiger ermächtigt, an Stelle hinterlegter oder verpfändeter Wertpapiere der im § 1 bezeichneten Art gleichartige Wertpapiere zurückzugewähren, so finden die Bestimmungen des § 1 keine Anwendung.

[2]) Vgl. Rießer S. 23 Anm. 1.

[3]) Vgl. Bank A. 28. Jahrg. S. 261; JW 1931, S. 3049.

[4]) Das im folgenden Gesagte gilt ebenfalls dann, wenn ein Verpfändungsvertrag geschlossen wurde.

mit dem Bankier abschließt. Dabei wird als Gegenstand des Verwahrungsvertrags eine Reihe von Wertpapieren ohne Rücksicht auf Vertretbarkeit ausdrücklich aufgezählt. Weiterhin kommen andre Wertpapiere in Frage, aber nur soweit sie vertretbar sind. Gänzlich ausgenommen sind Banknoten und Papiergeld. Aus diesem Verwahrungsvertrag erwachsen dem Bankier nicht nur die Verpflichtungen, die das BGB aufstellt, er muß außerdem die Wertpapiere gesondert von andern und von eignen Beständen aufbewahren und überdies die übergebenen Papiere nach Gattung, Nennwert, Nummer und sonstigen Unterscheidungsmerkmalen in ein Handelsbuch eintragen. Von diesen strengen Aufbewahrungsvorschriften kann der Hinterleger nach § 2 Depot G. den Verwahrer dadurch befreien, daß er ihm eine der dort erwähnten Ermächtigungen erteilt. Diese Ermächtigungen stellen, wie wir weiter unten noch näher sehen werden, die Grundlage zum Entstehen eines Verwahrungsdarlehens dar und machen es daher nötig, daß wir uns zunächst über das Verhältnis des § 700 BGB zu dem § 2 Depot G. klar werden.

Zunächst gilt das Depot G. nur für Kaufleute, und zwar nach § 13, der ausdrücklich die Kaufleute des § 4 HGB („Minderkaufleute") ausnimmt, nur für „Vollkaufleute", namentlich also, wenn auch nicht ausschließlich, für Bankiers, die ihre Kaufmannseigenschaft auf § 1 Ziff. 4 HGB stützen. Für diese Kaufleute muß die Uebernahme der Wertpapiere zur Verwahrung ein Geschäft darstellen, das sich im Rahmen ihres Handelsgewerbes hält. Für alle andern Fälle bewendet es stets bei der Vorschrift des § 700 BGB, bei der aber dann der Abs. 2 zu beachten ist. Was sodann die Gegenstände der Hinterlegung anlangt, so ist der Rahmen des § 700 weiter gesteckt, er bezieht sich auf alle vertretbaren Sachen, während das Depot G. nur Wertpapiere (s. oben) als Gegenstand der Aufbewahrung bei einem Kaufmann aufzählt. Beide Vorschriften decken sich also hinsichtlich der Objekte des Vertrags lediglich dann, wenn es sich um vertretbare Wertpapiere handelt. Aber auch bei diesen vertretbaren Wertpapieren steht § 2 Depot G. nicht auf der gleichen Stufe wie die beiden Fälle des § 700 Abs. 1. Nach § 700 Abs. 1 Satz 1 entsteht, wie oben näher ausgeführt worden ist, durch die zugleich mit der Hingabe getroffenen Vereinbarungen über den Eigentumsübergang und die Verpflichtung zur Rückgewähr von artgleichen Sachen, sofort ein Verwahrungsdarlehen. Dadurch schon unterscheidet sich dieser Fall von den beiden Fällen, die § 2 Depot G. im Auge hat, und kann keinem von ihnen gleichgestellt werden. Für die Entstehung eines sofortigen Verwahrungsdarlehens über vertretbare Wertpapiere ist stets § 700 maßgebend, wobei hier Abs. 2 dieses Paragraphen besonders zu beachten ist, und zwar auch dann, wenn der Hinterleger gewerbsmäßig Bankier- oder Geldwechslergeschäfte betreibt. Denn § 2 und seine Ausnahmebestimmung, daß für Bankiers und Geldwechsler eine Ermächtigung des § 2 nicht erforderlich sei, gilt für diesen Fall des Verwahrungsdarlehens überhaupt nicht [5]).

[5]) Vgl. Staub Anh. zu § 424, Anm. 46. a. A. Unckell S. 50; Frankel S. 35. Es ist aber nicht richtig, mit ihnen zu sagen, daß bei dieser Auffassung die

Bei § 700 Abs. 1 Satz 2 handelt es sich zunächst um einen Verwahrungsvertrag, der dann in ein Verwahrungsdarlehen umgewandelt wird. Diesen Fall trifft auch § 2 Depot G., der überdies anordnet, daß die dem Verwahrer von dem Hinterleger zu gebende Ermächtigung in ganz besondrer Weise dem Verwahrer erteilt werden muß. Sie ist nur gültig, „soweit sie für das einzelne Geschäft ausdrücklich und schriftlich abgegeben wird". Die Ermächtigung soll also für jeden einzelnen Fall besonders gewollt und überlegt sein, sie muß in der Erklärung des hinterlegenden Bankkunden einen speziellen und nicht nur allgemein gehaltenen Ausdruck gefunden haben [6]), und schließlich muß ihr Wortlaut genau feststehen, insbesondere darf nicht nur auf die Paragraphen des Gesetzes Bezug genommen werden [7]). Diese den besondern Schutz der Bankkunden bezweckenden Formvorschriften für die Ermächtigung sind als zwingende Vorschrift [8]) in keinem Fall abdingbar und können auch nicht durch ständige andre Übung geändert werden. Die in der angegebenen Form vom Hinterleger zu erteilende Ermächtigung kann nach § 2 Depot G. zweierlei Inhalt haben, sie kann den Verwahrer ermächtigen, an Stelle der hinterlegten Wertpapiere, wie sie im § 1 angegeben sind, gleichartige Wertpapiere zurückzugewähren, oder sie kann dem Verwahrer gestatten, über die Papiere zu seinem Nutzen zu verfügen. Ist eine dieser Ermächtigungen erteilt worden, so ist der Verwahrer von den besondern Aufbewahrungsvorschriften des § 1 befreit. Im Gesetz, § 2 Abs. 2, ist dies zwar nur für die erstgenannte Ermächtigung, daß gleichartige Wertpapiere zurückgewährt werden dürfen, ausgesprochen, während für die zweite Ermächtigung keine Rechtsfolge angegeben ist. Es könnte daher der Gedanke auftauchen, daß (argumentum e contrario) bei dieser Ermächtigung der Verwahrer zu der im § 1 vorgeschriebenen gesonderten Aufbewahrung und zur Führung des Handelsbuchs weiterhin verpflichtet bliebe. Diese Folgerung kann jedoch nicht gezogen werden, weil die Ermächtigung, zum eignen Nutzen zu verfügen, ein Mehr gegenüber der ersten Ermächtigung zur Rückgewähr gleichartiger Wertpapiere enthält, in welcher diese Ermächtigung enthalten ist; denn wer berechtigt ist, über die Papiere zu seinem Nutzen zu verfügen, dem muß auch erlaubt sein, gleichartige Papiere zurückzugewähren, andernfalls wäre die erteilte Ermächtigung von recht geringem Nutzen für ihn [9]). Somit gilt für die zweite Ermächtigung mit Notwendigkeit auch die Rechtsfolge, die § 2 Abs. 2 nur für die erste Ermächtigung angibt [10]).

---

Anwendung des § 700 Abs. 2 den § 2 Depot G. entgegen der ausdrücklichen Bestimmung des Art. 32 EGBGB außer Kraft setzen würde, da ja § 2 gar keine Anwendung findet.

[6]) Vgl. hierzu die Ausführungen im Anhang zu Kapitel 2.

[7]) RG 65, 177.

[8]) „Gewerbepolizeiliche Bestimmung", Wittekind S. 32.

[9]) Ecker S. 53 geht sogar noch weiter und stellt beide Ermächtigungen ganz gleich, indem er der Ansicht ist, daß derjenige, dem Rückgewähr gleichartiger Wertpapiere gestattet ist, in der Zwischenzeit zu seinem Nutzen verfügen darf.

[10]) Vgl. Rießer S. 104; Prins S. 69; Wittekind S. 19.

Von besondrer Wichtigkeit ist es festzustellen, daß sich die Bedeutung der Ermächtigungen des § 2 Abs. 1 in der Befreiung der erschwerten Verwahrungsvorschriften des § 1 erschöpft. Namentlich verfolgt der § 2 nicht den Zweck, Bestimmungen über den Eigentumsübergang der Wertpapiere zu treffen. Die Ermächtigung bewirkt nicht den sofortigen Übergang des Eigentums auf den Verwahrer [11]). Mit der Erteilung der Ermächtigung hat sich die dingliche Rechtslage in keiner Weise geändert [12]). Der Verwahrer darf auf Grund der Ermächtigungen über die hinterlegten Sachen verfügen, solange er das aber nicht tut, und die Papiere getrennt aufbewahrt, besteht kein Grund, daß der Hinterleger des Eigentums verlustig ginge. Es besteht auch noch der bisherige Verwahrungsvertrag, der nicht etwa schon durch die Ermächtigung in ein Verwahrungsdarlehen umgewandelt worden ist [13]). Die Ermächtigung stellt genau wie die Verbrauchsgestattung des § 700 Abs. 1 Satz 2 eine Offerte des Hinterlegers an den Verwahrer dar, daß das Eigentum übergehen soll, wenn der Verwahrer es will und diesen Willen zutage treten läßt. Der § 2 bringt nur zum Schutze des Eigentums des Hinterlegers formelle Vorschriften über die besondre Art der Verbrauchsgestattung [14]). Ist diese erteilt, so vollzieht sich der Eigentumsübergang rein nach den Vorschriften des BGB [15]). Es bedarf also entsprechend § 700 Abs. 1 Satz 2 einer Aneignungshandlung des Verwahrers, durch die er seinen Willen, von der ihm erteilten Ermächtigung Gebrauch zu machen, äußerlich kundtut und durch die er das Eigentum an den hinterlegten Wertpapieren nach § 929 Satz 2 erwirbt. Erst dann hat sich der Verwahrungsvertrag in ein Verwahrungsdarlehen umgewandelt. Anderseits hat die nach den Vorschriften des BGB zu beurteilende Frage des Eigentumsübergangs keinen Einfluß auf die im § 2 Abs. 2 ausgesprochene Folge der Erteilung der Ermächtigung. Die Ermächtigung schafft Befreiung von der Verpflichtung des Verwahrers, die Papiere gesondert aufzubewahren und ein Handelsbuch zu führen; und zwar wirkt diese Befreiung völlig unabhängig von dem Zeitpunkt des Eigentumsübergangs, sie knüpft sich lediglich an die Tatsache der Ermächtigung [16]). Es ist daher nicht etwa erforderlich, daß der Verwahrer vorübergehend die besondern Aufbewahrungsvorschriften des § 1 bis zum Augenblick des Eigentumsübergangs, in dem er von der Ermächtigung Gebrauch macht, erfüllt [17]).

---

11) RG 52, 202 ff.

12) Unckell S. 51.

13) Es ist verwirrend, wenn Rießer S. 110 wegen der erteilten Ermächtigung jetzt nicht mehr von einem depositum regulare, sondern von einem modifizierten depositum regulare spricht; ähnlich Wittekind S. 35: modifiziertes depositum irregulare.

14) Venediger S. 118; Wittekind S. 32; Ecker S. 15.

15) Staub Anh. zu § 424, Anm. 44; Prins S. 70; Venediger S. 119; RG 52, 202 ff.; RGStr 43, 182; RG in Recht 1910, Nr. 1014 — RG in Bank A. 9. Jahrg. S. 367; Freymuth ZBlHR 1926, 77.

16) RGStr 43, 182 ff.; Rießer S. 105.

17) a. A. Ecker S. 54.

Wie oben schon erwähnt, hat § 2 Abs. 2 die Befreiung von den Aufbewahrungsvorschriften des Abs. 1 für die zweite Ermächtigung, daß der Verwahrer über die Papiere zu seinem Nutzen verfügen dürfe, nicht ausgesprochen. Daraus läßt sich folgern, daß dem Hinterleger der Weg offen gelassen wird, zwar die Ermächtigung zur Verfügungsberechtigung — natürlich in der besondern Form für das einzelne Geschäft ausdrücklich und schriftlich — dem Verwahrer zu erteilen, die Grenze der Nutzungsbefugnis aber in bestimmter Weise enger zu ziehen, als dies bei der Ermächtigung in der allgemeinen Form, daß der Verwahrer zu eignem Nutzen über die Papiere verfügen dürfe, der Fall ist. Diese Begrenzung muß natürlich genau in der gleichen Form wie die Ermächtigung selbst zum Ausdruck kommen, um in klarer Weise dem Verwahrer den Willen des Hinterlegers zu offenbaren. Rießer [18]) erwähnt für solche Begrenzung der Verfügung zum eignen Nutzen z. B. die Erlaubnis, daß der Verwahrer das Wertpapier dazu benutzen dürfe, in einer Generalversammlung abzustimmen oder eine Verpfändung der Papiere zu eignem Nutzen vorzunehmen, ohne die Absicht, damit zum Eigentümer zu werden, wozu er nicht berechtigt wäre. Von noch größerer Bedeutung aber ist, daß durch die Fassung des § 2 Abs. 2 zwei Einrichtungen des Bankverkehrs möglich geblieben sind, die in der Praxis sehr große Verbreitung haben, das Tausch- oder Summendepot und das Sammeldepot.

Bei dem Tausch- oder Summendepot bleibt der Verwahrer trotz der erteilten Ermächtigung verpflichtet, die Stücke gesondert aufzubewahren und ein Handelsbuch zu führen. Er erhält lediglich die Möglichkeit, die hinterlegten Stücke gegen andre gleichartige einzutauschen. Aber auch diese eingetauschten Papiere werden sofort wieder Eigentum des Hinterlegers und für den Verwahrer fremdes Gut. Die Aufbewahrung in einem Sammeldepot vollzieht sich in der Weise, daß die Papiere mehrerer Hinterleger miteinander vermischt werden, jedoch nicht auch mit denen des Bankiers selbst, wodurch kein Eigentum des Verwahrers entsteht, vielmehr bleiben die Hinterleger alle Miteigentümer der verwahrten Stücke und haben einen Anteil nach Bruchteilen entsprechend den Werten ihrer hinterlegten Stücke. Diese beiden Hinterlegungsarten haben die Besonderheit, daß bei ihnen der Hinterleger stets Eigentümer bleibt, daß er seine Papiere bzw. seinen Anteil an den Papieren stets veräußern oder verpfänden kann (§ 931, § 1205 Abs. 2) und daß das Entstehen eines Verwahrungsdarlehens ausgeschlossen ist. Die Gültigkeit dieser beschränkten Ermächtigung kann unter dem Gesichtspunkt nicht bestritten werden, daß sie weniger enthält, als das Mehr, das das Gesetz gestattet. Aber mit Recht weist Rießer [19]) darauf hin, daß diese Beschränkung nicht zu vermuten ist, sondern sich aus ganz bestimmten klaren Ausdrücken, insbesondre einem Eigentumsvorbehalt ergeben muß.

---

18) S. 105.
19) S. 106.

## II. Teil.
## Die Rechtsnatur des Verwahrungsdarlehens.

Die einleitenden Bemerkungen über Vertragsvermischungen hatten gezeigt, daß das Verwahrungsdarlehen ein gemischter Vertrag ist, der nicht genau einem der beiden gesetzlichen Vertragstypen, Verwahrung oder Darleben, entspricht, der vielmehr Bestandteile aus beiden Vertragsarten aufgenommen hat. Bei der Frage nach der Rechtsnatur eines solchen gemischten Vertrags ergeben sich entsprechend der in der Einleitung dargelegten Unterscheidung der gemischten Verträge die beiden Möglichkeiten, daß entweder das Verwahrungsdarlehen eine Artmischung aus der Verwahrung und dem Darlehen darstellt und damit eine neue selbständige Vertragsart geworden ist, oder daß es einer der gesetzlichen Hauptverträge, ein Verwahrungsvertrag oder ein Darlehensvertrag, mit Beimischung aus dem andern Vertrag ist. Hiervon scheidet nach übereinstimmender Ansicht aller aus der zweiten Möglichkeit die eine aus, daß das Verwahrungsdarlehen ein Verwahrungsvertrag mit Beimischungen aus dem Darlehen darstellt. Aus der Verpflichtung zur Rückgabe derselben niedergelegten Sache in ihrer unveränderten Individualität folgt, daß es außerhalb der Grenzen dieses Vertrags liegt, wenn der Verwahrer nur dieselbe Gattung in gleicher Art und Menge zurückgeben soll. Das ist kein Zurückgeben mehr, sondern ein Erstatten [1]). Daher bleiben für die nähere Untersuchung der Rechtsnatur des Verwahrungsdarlehens die beiden Fragen: Ist das Verwahrungsdarlehen ein selbständiger Vertragstyp, der etwa in der Mitte zwischen Verwahrung und Darlehen steht, oder ist es ein Darlehen mit Beimischungen von Bestandteilen, die, dem Darlehen fremd, dem Verwahrungsvertragsrecht angehören?

### Kapitel 1.
### Wie konnte die Auffassung über die selbständige Rechtsnatur des Verwahrungsdarlehens entstehen?

Da aus dem Gesetz selbst über die Rechtsnatur nichts entnommen werden kann [1]), erscheint es zweckmäßig, zunächst die äußern Tatbestände der in Frage kommenden Rechtsgeschäfte einer nähern Betrachtung zu unterziehen. Zur Entstehung eines Verwahrungsvertrags ist es, wie wir oben gesehen haben, erforderlich, daß eine obligatorische Vereinbarung zwischen

[1]) Eccius S. 303.
[1]) Vgl. Ecker S. 41.

den Parteien über den Geschäftsabschluß getroffen und die Sache dem Verwahrer übergeben wird. Beim Darlehen tritt zu diesem obligatorischen Konsens der Parteien und der Uebergabe der Sache noch die Eigentumsverschaffung an den übergebenen Sachen hinzu. Vergleichen wir damit die notwendigen Voraussetzungen des Verwahrungsdarlehens, so decken sie sich mit denen des Darlehens, denn auch beim Verwahrungsdarlehen bedarf es eines obligatorischen, den Empfänger zur Rückgewähr von Sachen gleicher Art, Güte und Menge verpflichtenden Vertrags, der Uebergabe der wie beim Darlehen vertretbaren Sache und des Eigentumsübergangs auf den Verwahrer. Der äußre Tatbestand des Verwahrungsdarlehens ähnelt daher dem des Darlehens vollkommen, beide Verträge decken sich in der äußern Erscheinungsform völlig und sind in nichts voneinander unterschieden [2]). Namentlich ist auch die dingliche Rechtslage bei beiden Verträgen die gleiche. Schey [3]) ist in diesem Punkte allerdings andrer Ansicht. Er erklärt, daß hier die Fungibilien als solche hingegeben werden und nicht, wie beim Darlehen, ein Kapitalwert. Diese überspitzte Unterscheidung ist besonders abwegig bei der Erörterung des äußern Tatbestands und seiner rechtlichen Erscheinungsmerkmale, so wie sie für jeden dritten Betrachter erkennbar sind.

Wenn hiernach die Entstehungstatbestände keinen Unterschied ergeben, so könnten doch die Rechtsfolgen,die das Gesetz jeweils an den Tatbestand des Verwahrungsdarlehens und des Darlehens knüpft, verschieden sein. Denn es ist davor zu warnen, aus der bloßen Übereinstimmung zweier Tatbestände rechtliche Schlüsse zu ziehen, da es wohl sein kann, daß zwei Handlungen, die nach außen hin völlig gleich erscheinen, in Wahrheit grundverschieden sind [4]). Gerade die Rechtsfolgen sind von größter Bedeutung für die rechtliche Einordnung eines Vertrags [5]). Im römischen Recht und auch noch im gemeinen Recht bestanden bezüglich der Rechtsfolgen einige sehr bemerkenswerte Unterschiede [6]), die namentlich eine verschiedene Behandlung im Prozeß hervorriefen. Nach dem geltenden Recht aber finden auch für das Verwahrungsdarlehen die Vorschriften des Darlehens Anwendung, und von allen Abweichungen ist nur noch die Bestimmung des § 700 Abs. 1 Satz 3 übrig geblieben, nach der sich Zeit und Ort der Rückgabe nach Verwahrungsrecht richten; das bedeutet, daß für die Beendigung des Verwahrungsdarlehens nicht das Darlehensrecht angewandt werden soll, sondern daß dafür die Vorschriften des Verwahrungsvertrags in Betracht kommen sollen. Während also der Darlehensgeber, wenn er sein Kapital zurückerhalten will, nach § 609 an

---

[2]) So auch Staudinger § 700, 1; Gierke § 204, Anm. 53; Crome § 277; Dernburg § 351, I 1; Titze S. 126; Fränkel S. 39; Unckell S. 1.

[3]) Obl. Verh. Bd. I, Heft 1, S. 55 ff.; Bd. I, Heft 2, §§ 50 ff.

[4]) Bruckner, Krit. Vierteljahrsschr. Bd. 34, S. 56 ff.

[5]) Zu Unrecht will Schey, Obligationsverh. Bd. I, Heft 2, § 50, N. 15 und auf ihn gestützt Unckell S. 13 es ablehnen, einen Unterschied zwischen zwei Verträgen aus der Verschiedenheit der Rechtsfolgen herzuleiten.

[6]) Vgl. darüber besonders die ausführliche Zusammenstellung bei Brandau S. 27 ff.

eine Kündigung, deren gewöhnliche Frist § 609 Abs. 2 angibt, gebunden ist, kann der Hinterleger beim Verwahrungsdarlehen nach § 695 die hinterlegte Sache jederzeit vom Verwahrer zurückfordern [7]). Anderseits ist der Schuldner selbst bei vereinbarter Zeit, für die das Darlehen bestehen soll, berechtigt, vorher zurückzuleisten, der Gläubiger jedoch nicht berechtigt, die Rückzahlung vorher zu verlangen; während beim Verwahrungsdarlehen, auch dann, wenn eine Frist der Verwahrung vereinbart worden ist, der Hinterleger die Summe jederzeit zurückfordern kann, der Verwahrer selbst aber nicht jederzeit die Rücknahme fordern darf. Und hinsichtlich des Rückleistungsortes ergibt sich, daß die Darlehensschuld eine Bringschuld ist, d. h. daß der Schuldner die Summe dem Geber wieder zurückliefern muß, während beim Verwahrungsdarlehen der Hinterleger sich die Sache vom Verwahrer abholen muß (Holschuld), da nach § 697 die Rückgabe an dem Ort zu erfolgen hat, an welchem die Sache übergeben ist. Diese einzigen Verschiedenheiten in den Rechtsfolgen der beiden Geschäfte kann man nun nicht wie Rießer [8]) als wesentliche Unterschiede hinstellen. Sie sind, worauf besonders zu achten ist, vom Gesetz nur als Auslegungsregeln aufgestellt und sollen nur „im Zweifel" Anwendung finden, dann nämlich, wenn die Parteien nicht eine besondre Regelung für die Zeit der Aufbewahrung und den Ort der Rückgabe der hinterlegten Sache vereinbart haben sollten. Diese Verschiedenheit spielt praktisch keine Rolle, weil die Einzelheiten meist sowieso im Vertrag geregelt sind [9]), so daß die Verschiedenheit nur minimal ist [10]). In den weitaus meisten Fällen des Verwahrungsdarlehens, bei den Banken sogar regelmäßig, sind diese Bestimmungen über Zeit und Ort der Rückgabe durch besondre Vereinbarung abbedungen, namentlich sind Kündigungsfristen allgemein zur Regel geworden [11]), so daß diese Abweichung vom Darlehen als nicht ausschlaggebend und nicht bedeutungsvoll anzusehen ist [12]); in einem solchen Falle sind Darlehen und Verwahrungsdarlehen auch in ihren Rechtsfolgen völlig gleich [13]).

Obwohl hiernach in dem äußern Tatbestand keine Unterschiede und in den Rechtsfolgen keine oder nur unbedeutende Unterschiede zwischen den beiden Rechtsgeschäften bestehen, bezeichnet die herrschende Meinung das Verwahrungsdarlehen doch nicht als ein Darlehen, dem nur bezüglich der Rechtsfolgen ganz geringe Bestandteile aus dem Verwahrungsvertrag beigemischt sind, sondern stellt es als ein Rechtsgeschäft eigner Art hin, als ein Vertragsgebilde, das in der Mitte zwischen Verwahrung und Darlehen stehe

---

7) Vgl. L 1 §§ 44 ff Dig 16, 3.
8) S. 107.
9) Vgl. Hedemann S. 200.
10) Bruckner, Krit. Vierteljahrsschr. Bd. 34, S. 79.
11) Cosack § 216 VI, 1 b $\alpha$.
12) Leonhard, Schuldr. II, S. 265.
13) Leitner S. 4; Hartleben S. 38; Prins S. 39; Unckell S. 44.

und erklärt, daß die Vereinigung von Bestandteilen dieser beiden Verträge zu einer Artmischung geführt habe [14]).

Für die „selbständige Natur" dieses „besonders gearteten Rechtsgeschäfts" [15]) gibt die herrschende Meinung die verschiedensten Gründe an, mit denen wir uns weiter unten noch näher beschäftigen werden. Den wahren Grund aber dafür, daß an dem besondern Begriff eines zwischen Verwahrung und Darlehen stehenden depositum irregulare festgehalten wird, scheint uns Niemeyer [16]) anzuführen; es ist nach ihm die sich unverkennbar zeigende Neigung, etwas als berechtigt gelten zu lassen, was anerkannt ist und unter einem technischen Namen auftritt. Ganz besonders scheint uns das der Fall zu sein, wenn man diesen Begriff, wie die herrschende Meinung es tut, aus den römischen Quellen entnimmt. Bei der Betrachtung der römischen Quellen muß man sich aber stets vor Augen halten, daß das Corpus Juris keine Kodifikation in unserm Sinne darstellt und nicht Rechtssätze nach einem theoretisch durchgebildeten System aufstellt. Es ist vielmehr eine Zusammenstellung von Rechtsaussprüchen namhafter Juristen, und zwar sind es wiederum nicht theoretische Auslassungen, sondern Entscheidungen praktischer Fälle, die an sie herangetragen und von ihnen in den Quaestionen und Responsen niedergelegt wurden. Bei genauer Nachforschung zeigt sich, daß sich selbst das Corpus Juris über die vorliegende Frage nicht einheitlich äußert. Zunächst wird nirgends der Begriff des Verwahrungsdarlehens als depositum irregulare erwähnt, er stammt erst aus der Rezeptionszeit. Dann ist nirgends etwas darüber zu finden, daß dies Rechtsgeschäft mit Hingabe vertretbarer Sachen zu Eigentum und mit der Verpflichtung zur Rückgewähr in genere kein Darlehen sei. Ulpian spricht sich sogar fast regelmäßig, wenn er zu dieser Frage überhaupt Stellung nimmt, ausdrücklich dafür aus, daß durch diese Vereinbarung ein mutuum entstanden sei [17]), so daß Vangerow [18]) sehr zu Unrecht behauptet, daß das Vorliegen eines mutuum mit den Quellen in unlöslichem Widerspruch stehe. Allerdings steht Ulpians Ansicht im Gegensatz zu der herrschenden Auffassung der römischen Juristen [19]), die einen Verwahrungsvertrag auch bei Hinzutritt der Gebrauchserlaubnis noch als depositum behandeln, das aber durch die Besonderheit des Eigentums und der Rückgewähr von Sachen gleicher Art,

---

[14]) Planck § 700, 1; Enneccerus, Schuldr. § 168 Ziff. 2; Ludwig Mitteis, Zeitschr. d. Savigny-Stiftung 19, 208; Ecker S. 42; Hartleben S. 66; Unckell S. 33; auch Fischer-Henle-Titze 14. Aufl. § 700, 4; während noch Fischer-Henle in der 11. Auflage meinten, daß ein depositum irregulare als besondres Rechtsinstitut nicht anerkannt werde.

[15]) Hartleben S. 66.

[16]) S. 3.

[17]) Vgl. L 1 § 34 Dig 16, 3; L 9 § 9 Dig 12, 1; L 7 § 2 Dig 16,3; L 24 § 2 Dig 42,5.

[18]) II § 630.

[19]) Alfenus L 31 Dig 19, 2; Papinian L 24, L 25 § 1 Dig 16, 3; Paulus L 26 § 1, L 29 § 1 Dig 16, 3; Scaevola L 28 Dig 16, 3.

Güte und Menge über die normalen Grenzen eines depositum hinausgehe. Es ist damit nicht, wie Dernburg [20]) annimmt, gesagt, daß die Römer die besondre Geschäftsform des depositum irregualre kannten, sondern es steht nur fest, daß sie die Fälle eines depositum, zu dem die Gebrauchserlaubnis hinzutrat, noch als depositum behandelten.

Und auch diese ihre Auffassung kann für uns deshalb nicht maßgebend sein, weil unser Recht eine ganz andre Stellung zu der rechtlichen Behandlung des Darlehens und zu solchen verändernden Abreden einnimmt. Das mutuum ist im römischen Recht ein strenges Geschäft (stricti juris) geblieben; es wird danach in seinen Rechtswirkungen, besonders in der richterlichen Behandlung, ganz formal sichern Regeln unterworfen. Insbesondre konnten Zinsen nicht kraft richterlicher Ergänzung und nicht einmal auf Grund einer formlosen Abrede, sondern nur durch stipulatio zugesprochen werden. Es wäre nun sehr lästig gewesen, wenn man bei unserm Geschäft diese Schranken übernommen hätte [21]). Den römischen Praktikern erschien diese Erschwerung des Zinsrechts hier unbillig und ohne große theoretische Bedenken [22]) gewährte man dem Hinterleger vertretbarer Sachen, der eine Gebrauchserlaubnis erteilt hatte und nun Zinsen einklagen wollte, die actio depositi und gab damit die Möglichkeit, da das depositum ein negotium bonae fidei war, in formloser Weise durch ein jetzt mögliches pactum adjectum [23]) bei dem depositum mit Gebrauchserlaubnis Zinsen zu vereinbaren und sie sogar aus dem bloßen Verzug abzuleiten. So hatte der römische Jurist rein aus Billigkeitsgründen der Praxis in vollkommener Weise gedient [24]). Gegen diese von Niemeyer [25]) betonten Erwägungen wendet sich besonders Loewenstein [26]), und zwar mit der Begründung, daß die Zubilligung der actio depositi für den Hinterleger keine Begünstigung gegenüber der condictio certi ex mutuo gebildet habe. Denn der Hinterleger hätte sich bei einer Umwandlung des depositum — durch die Gebrauchsgestattung — in ein mutuum mit dieser Klage wesentlich besser gestanden, da er jetzt als Darlehensgläubiger zwar nicht Zinsen, wohl aber ein Drittel des Kapitals als Strafe vom säumigen Schuldner extra erhalten hätte (poena tertiae partis)[27]). Diese Einwendungen sind jedoch nicht geeignet, die obigen Erwägungen als abwegig hinzustellen. Denn diesen Strafzuschlag konnte der Schuldner vermeiden, wenn er rechtzeitig zahlte.

---

[20]) S. 251.

[21]) Windscheid § 379, Anm. 5.

[22]) Best S. 21 „Der römische Praktiker fühlt den Unterschied; was braucht er ihn zu formulieren?“

[23]) L 7 § 5 Dig 2, 14; L 24 Dig 16, 3.

[24]) Vgl. Niemeyer S. 78: „Dieses irregulare depositum ist in Wahrheit nichts andres als die Zulassung der formlosen Zinsabrede und der Verzugszinsen beim Darlehen.“

[25]) S. 74 ff.

[26]) S. 39.

[27]) So auch Dernburg, Pandekten II, S. 48.

Vor allem aber galten im römischen Recht ganz andre Regeln über eine Umwandlung des Vertrags. Während das BGB eine formlose Schuldumwandlung anerkennt, war im römischen Recht eine solche nicht möglich. Es konnte statt dessen nur eine Novation abgeschlossen werden. Diese aber bedurfte ebenfalls der Form der stipulatio [28]; außerdem wurde dadurch ein ganz neues Schuldverhältnis geschaffen, so daß z. B. Bürgen und Pfänder frei wurden. Dieser — bisher nicht beachtete — Punkt mußte die Römer veranlassen, das Geschäft nach wie vor als depositum zu behandeln.

Aehnliche Erwägungen haben im Mittelalter eine Rolle gespielt, worauf Wilhelm Bont (15. Jahrhundert) [29]) hinweist, daß die Darlehen in die Form des Depots gekleidet wurden, um den von der Kirche verbotenen Zins zu verschleiern.

Aus diesen durch Billigkeitsgründe verursachten Entscheidungen ist also nicht zu folgern, daß die Römer ein besondres Rechtsinstitut, auf der Mittelstufe zwischen Verwahrung und Darlehen stehend, gekannt und anerkannt hätten. Und doch ist dies eigentlich der einzige Grund, warum die herrschende Meinung „in blinder Bewunderung der Quellen" [30]) die Selbständigkeit des depositum irregulare als Artmischung von Verwahrung und Darlehen annimmt. Denn die von ihr behaupteten Unterschiede, die das depositum als selbständiges Vertragsgebilde im Gegensatz zum Darlehen charakterisieren sollen, bestehen, wie im folgenden gezeigt werden wird, nicht.

## Kapitel 2.
## Widerlegung der Auffassung über die selbständige Rechtsnatur des Verwahrungsdarlehens nach den äußern Merkmalen.

Die selbständige Rechtsnatur des Verwahrungsdarlehens wird von der herrschenden Meinung zum Teil mit äußerlichen Verschiedenheiten zwischen Verwahrungsdarlehen und Darlehen begründet. Namhafte Schriftsteller [1]) machen geltend, der § 700 stehe unter dem Titel „Verwahrung" und gebrauche auch die für die Verwahrung typischen Ausdrücke „Hinterleger" und „Verwahrer". Darin habe ohne Zweifel eine besondre Absicht gelegen. Man habe damit die Rechtsnatur des Verwahrungsdarlehens als zur Verwahrung gehörig und vom Darlehen unterschieden zum Ausdruck bringen wollen [2]). Dazu ist zu sagen, daß sich auch nach unsrer Auffassung diese Einordnung des Paragraphen am Schlusse des Verwahrungstitels rechtfertigt. Der Paragraph

---

[28]) L 1 § 1 Dig 46, 2: „novari verbis".

[29]) bei Niemeyer S. 128, Anm. 24 zitiert.

[30]) Best S. 100.

[1]) Oertmann § 700, 1; Staudinger § 700, 1 b; Dernburg, Pand. II, § 351; Rießer S. 107. Derselben Ansicht auch Ecker S. 42; Wolde S. 26; Venediger S. 5.

[2]) Münster S. 98.

behandelt ein Rechtsgeschäft, das von der Verwahrung herkommt und in ein Darlehen übergeht, wobei einzelne Vorschriften der Verwahrung bestehen bleiben sollen. Diese Gesetzesvorschrift unter dem Titel „Darlehen" unterzubringen, hätte dagegen verstoßen, daß man im allgemeinen nur auf schon Erwähntes und Geregeltes zu verweisen pflegt. Verträge, für die also verschiedene Vertragsvorschriften Anwendung finden sollen, werden daher dort eingereiht, wo die letzten für sie geltenden Vorschriften dargestellt sind. Ueber die Rechtsnatur solcher Mischverträge wird dadurch nichts ausgesagt. Ebensowenig besitzen auch die vom Gesetz gebrauchten Ausdrücke „Hinterleger" und „Verwahrer" eine rechtliche Bedeutung für die Natur des Verwahrungsdarlehens. Die Worte des Gesetzes dürfen nicht über die Wesensverschiedenheit hinwegtäuschen, die in der Aufbewahrung bei der Verwahrung und in der Veräußerung beim Verwahrungsdarlehen liegt [3]). Der § 618, der im Entwurf I das Verwahrungsdarlehen behandelte, sprach auch vom Hinterleger und Verwahrer, obwohl dort der Vertrag ganz eindeutig als ein Darlehen gedacht und bezeichnet war [4]). Und die Motive [5]) erläutern den Gebrauch dieser beiden Wörter dahin, daß nicht die Eingehung eines lediglich nach den Vorschriften des Darlehens zu beurteilenden Vertrags bezweckt sei, sondern daß gewisse Vorschriften über das Hinterlegungsrecht, die aber mit dem Begriff des Darlehens noch verträglich seien, als Besonderheit Platz greifen sollten. Ganz eindeutig hat jüngst das Reichsgericht [6]) erklärt, daß die Ausdrücke Hinterlegen oder Depot den Vertrag weder zu einem Darlehensvertrag noch zu einem Verwahrungsvertrag stempeln. Um solche auf der äußerlichen Ausdrucksweise des Gesetzes beruhende Unterscheidungen zu vermeiden, wäre, wie Niemeyer [7]) ausführt, statt Hinterlegung der Ausdruck „Hingabe" besser am Platze, da Hinterlegung kein tatsächliches Tatbestandsmoment, sondern eine juristische Qualifikation sei; mit Hinterlegung verbinde man sofort die Hingabe mit einer bestimmten Vereinbarung, der Übergabe in die Obhut und baldige Rückgabe, wobei der Hinterleger stets Eigentümer bliebe und die Sache selbst zurückzugeben sei.

Als weiterer äußerer Unterschied zwischen dem Verwahrungsdarlehen und dem Darlehen wird oft [8]) angegeben, daß der § 700 nicht erkläre, dieser Vertrag sei ein Darlehen oder werde ein Darlehen, sondern daß er lediglich sage, die Vorschriften über das Darlehen fänden Anwendung. Das Verwahrungsdarlehen werde dadurch, daß die Grundsätze des Darlehensrechts angewandt würden, nicht selbst zum Darlehen. Aus der Anwendung der Dar-

---

[3]) Henle S. 58.
[4]) § 618: „. . . als Darlehensvertrag anzusehen. . . .".
[5]) S. 576 ff.
[6]) RG 126, 81.
[7]) S. 138.
[8]) Oertmann § 700, 1 a β; Staub, Anh. zu § 424, Anm. 46; Neumann § 700; Haidlen § 700; Gierke § 204, Anm. 54; Crome, Part. Rechtsgesch. S. 464; Matthiaß § 126 III A; Unckell S. 34.

lehensregeln lasse sich kein Schluß auf die Rechtsnatur ziehen, ja grade diese besondre Ausdrucksweise des Paragraphen zeige den Unterschied an, daß das Verwahrungsdarlehen nicht als Darlehen aufzufassen sei. Demgegenüber betont Fischer-Henle [9]) mit Recht, der Umstand, daß für das Verwahrungsdarlehen die Darlehensregeln Geltung hätten, zeige, daß ein besondres Rechtsinstitut nicht anerkannt werde. Vor allem aber weist Leonhard [10]) darauf hin, daß die Natur eines Rechtsgeschäfts sich danach richte, welche rechtliche Bestimmungen bei seiner Behandlung Anwendung fänden, denn die Rechtsbegriffe würden aus dem geltenden Recht abgeleitet und entstammten nicht etwa einem über diesem stehenden ewigen System der Rechtsbegriffe.

Eine Verschiedenheit zwischen Verwahrungsdarlehen und Darlehen kann sich auch nicht aus der von den Parteien gewählten Bezeichnung ergeben. Diese ist, wie Endemann [11]) richtig aufzeigt, im Rechtsverkehr überhaupt unbeachtlich, da die Parteien höchst selten den richtigen juristischen Namen gebrauchen. Daher darf es auch den Parteien nicht überlassen bleiben, durch den Gebrauch eines falschen Namens die Rechtsnatur eines Geschäfts abzuändern. Die von den Parteien gebrauchten Ausdrücke lassen keinen Schluß auf die Rechtsnatur des Geschäfts zu [12]). Verschiedentlich wird darauf hingewiesen, daß der Ausdruck „Depot" namentlich im Handelsverkehr vielfach gebraucht werde, ohne daß die Beteiligten an eine Hinterlegung im gesetzlichen Sinne dächten, denn die Kaufleute scheuten sich, bei der Hingabe eines Darlehens vor diesem Ausdruck, sie vermieden ihn und sprächen viel lieber von Vorschuß und Deponieren [13]). So werden aus den verschiedensten Rücksichten Geschäfte, die der inneren Absicht der Parteien nach reine Darlehen seien, oft in die Form des Depots gekleidet [14]). Dieser Ausdruck spricht also keineswegs gegen die Zugehörigkeit des Verwahrungsdarlehens zum Darlehen [15]).

Von andrer Seite wird zum Beweis der Verschiedenheit zwischen Verwahrungsdarlehen und Darlehen auf den Umstand der ständigen Rückforderbarkeit hingewiesen, das Verwahrungsdarlehen sei jederzeit kündbar, und selbst wenn eine bestimmte Zeit für die Dauer des Verwahrungsdarlehens vorgesehen gewesen sei, könne die Rückgewähr in keiner Weise hinausgeschoben werden („tägliches Geld"); der Wert der hinterlegten Sache müsse stets für den Verwahrer bereit gehalten werden. Seien jedoch Vereinbarungen getroffen, durch die der Hinterleger sich einer zeitlich festen oder durch Kündigungsfristen begrenzten

[9]) 11. Aufl. § 700, 4.

[10]) Schuldr. II, S. 265.

[11]) Handelsrecht (Cohn) III, S. 925. Ebenso Unckell S. 11.

[12]) ROHG 7, 117; Buschs Arch. f. HR. 22, 465.

[13]) RG 1, 204 ff.; Thöl I S. 995; Ecker S. 43.

[14]) Schey, Obl. Verh. Bd. I, Heft 1, S. 55 ff.; Bd. I Heft 2, §§ 50 ff.; Endemann, Handelsrecht (Cohn) III, S. 922 hält dies noch für eine Nachwirkung des kanonischen Zins- und Wucherverbots.

[15]) Vgl. auch Gruchot Bd. 15, S. 835 ff.

Bindung unterworfen habe, sei z. B. das Geld als fest angelegtes Geld zu betrachten, so stelle das Rechtsgeschäft ein Darlehen dar [16]). Gewiß ist nach § 695 das Verwahrungsdarlehen grundsätzlich jederzeit rückforderbar. Diese Verschiedenheit von dem Darlehen kann aber, wie wir oben gesehen haben, nicht als wesentlich hingestellt werden, weil in der Praxis fast ausnahmslos Kündigungsfristen zwischen den Parteien vereinbart werden [17]). Die grundsätzliche ständige Rückforderbarkeit kann daher nicht als wirklich unterscheidendes Merkmal des Verwahrungsdarlehens angegeben werden, die die Praxis beherrschenden Kündigungsfristen beweisen vielmehr, daß dieses Rechtsgeschäft ein Darlehen ist.

Das Oberapellationsgericht Dresden hat in einer Entscheidung aus dem Jahre 1862 [18]) ausgeführt, daß beim depositum irregulare noch das Moment der Gefälligkeit des Empfängers vorwalte, es darum einen besondern Fall des depositum bilde. Der Empfänger der übergebenen Sache wolle dem Hinterleger eine Gefälligkeit erweisen, indem er ihn der Mühe und der Unkosten der Aufbewahrung enthebe, während auf der andern Seite das Darlehen eine reine Gefälligkeit des Gebers an den Empfänger darstelle, um dessen Kapitalmangel zu beheben. Die Nutzung des Verwahrers sei beim depositum irregulare nur gering und unerheblich, sie stelle mehr einen zufälligen Vorteil dar. Mit Recht wird diese Betonung der Gefälligkeit der einen Vertragspartei allgemein abgelehnt [19]). Denn dem Geschäftsverkehr des täglichen Lebens fehlt völlig der Charakter der Gefälligkeit [20]).

In ähnlicher Weise will Brinz [21]) die Verschiedenheit zwischen den beiden Rechtsgeschäften darauf abstellen, von welcher Seite die Veranlassung zu dem Rechtsgeschäft gegeben worden ist (Rogationstheorie). Das Verwahrungsdarlehen werde stets geschlossen, um dem Aufbewahrungsbedürfnis des Gebers abzuhelfen, das Darlehen dagegen, um dem Kapitalmangel des Empfängers zu steuern. So liege auch der Anstoß zum Geschäft beim Verwahrungsdarlehen stets auf seiten des Gebers, beim Darlehen dagegen auf seiten des Empfängers. Wenn demnach die Veranlassung dazu, ein Rechtsgeschäft des § 700 abzuschließen, vom Hinterleger ausgegangen sei, so handele es sich um ein von dem Darlehen unterschiedenes Rechtsgeschäft, nämlich um das Verwahrungsdarlehen, während im andern Falle ein Darlehen ent-

---

16) Goldmann-Lilienthal S. 718; Kreß S. 229; Henle S. 59; ähnlich auch RG 12, 85.

17) Endemann, Handelsrecht (Cohn) III, 920; Best S. 10; Wolde S. 37.

18) Seuff. A. 16, 211.

19) Besonders von Eccius S. 291, Anm. 71; Best S. 32; Prins S. 41.

20) Vgl. auch die Stellungnahme des Eisenacher Apellationsgerichts aus dem Jahre 1871 (Buschs A. 22, 466): Die Gefälligkeit als Unterscheidungsmoment zu nehmen, sei ungenau und mißverständlich. Das Motiv einer Handlung komme im Zivilrecht nur ausnahmsweise in Betracht und stelle kein zuverlässiges Kriterium für den Charakter eines Rechtsgeschäfts dar.

21) Pand. § 317 u. Krit. Vierteljahrsschr. 25, 89; ähnlicher Auffassung auch Haidlen § 700 I; Donner S. 39 und wohl auch die Protokolle S. 397.

standen sei. Dazu ist zu sagen, daß es nicht von entscheidendem Gewicht für die Rechtsnatur des Geschäfts sein kann, von welcher Seite der erste Anstoß zu dem Rechtsgeschäft gegeben worden ist, erbieten sich doch, wie man täglich beobachten kann, Banken und Sparkassen ausdrücklich zum Aufbewahren, obgleich sie in diesem Falle nicht Geber sind, und ebenso ist festzustellen — Brinz gibt es selbst zu [22]) —, daß auch Darlehen angeboten werden können [23]). Auf solche Unterschiede, die sich stets mit der Marktlage ändern werden, kann man eben eine Entscheidung über die Rechtsnatur des Verwahrungsdarlehens nicht gründen.

Als unrichtig müssen wir es schließlich auch ansehen, die Abgrenzung zwischen Verwahrungsdarlehen und Darlehen lediglich aus der Höhe des Zinssatzes bei beiden herleiten zu wollen. So meinen die einen, die Zinsen seien beim Verwahrungsdarlehen nur ein Anteil an dem Gewinn, den der Verwahrer aus der Benutzung des gegebenen Kapitals ziehe, und stellten nicht ein Gebrauchsentgelt dar, wie beim Darlehen [24]). Von andrer Seite wird angenommen, daß die Zinsen beim Verwahrungsdarlehen deshalb stets niedriger seien, weil dem Zinsanspruch für den Gebrauch des Kapitals durch den Verwahrer eine Aufbewahrungsvergütung des Verwahrers gegenübertrete [25]), so daß die Zinsen nur ein Äquivalent für den Überschuß der Geldnutzung über die für die Aufbewahrung geschuldete Vergütung bildeten [26]). Der Zinssatz bei einem Geschäft kann jedoch nie ein ausschlaggebendes Kriterium sein [27]). Er ist stets abhängig von den verschiedensten äußern Zufälligkeiten, wie der Höhe der Summe, der Frist bis zur Rückgewähr [28]) und ganz besonders der Lage des Geldmarktes [29]).

---

22) Pand. II, § 297, Anm. 2.

23) Endemann, Handelsrecht (Cohn) III, S. 926; Schey, Obl. Verh. Bd. I, Heft 2, §§ 50 ff.; Münster S. 27 u. S. 59 ff.; Best S. 17; Fränkel S. 37.

24) Haidlen § 700; Matthiaß § 126 III A betonen diese spitzfindige Unterscheidung. a. A. Kuhlenbeck, BGB § 700: Der Verwahrer hat den Vorteil eines Darlehensempfängers, darum werden Zinsen gewährt.

25) RGR Komm. § 700, 1.

26) Gierke § 204, V, S. 739.

37) Endemann, Handelsrecht (Cohn) III, 925; Best S. 16; Fränkel S. 38; Prins S. 39.

28) Aehnlich Leitner S. 11, daß die Höhe des Zinsfußes deshalb niedriger sein werde als der gewöhnliche Zinssatz, da das jederzeitige Rückforderungsrecht des Hinterlegers eine sichere Kapitalsausnutzung auf seiten des Verwahrers unmöglich mache. Er übersieht allerdings die im Leben stets vorliegenden Kündigungsfristen und namentlich die Tatsache, daß die Banken z. B. laufend immer nur einen geringen Teil der hinterlegten Gelder für eine Rückgewähr zur Verfügung zu halten brauchen, während sie das übrige Kapital günstig anzulegen in der Lage sind.

29) Man vergleiche L 26 § 1 Dig 16, 3, wo für ein depositum mit Gebrauchserlaubnis dem Hinterleger 8 v. H. gezahlt werden und auf der andern Seite zinslose Darlehen.

## Kapitel 3.
## Widerlegung der Auffassung über die selbständige Rechtsnatur des Verwahrungsdarlehens nach den innern Unterschieden.

### a) Parteiinteressen.

Doch nicht nur mit äußern Verschiedenheiten hat man die selbständige Rechtsnatur des Verwahrungsdarlehens begründen wollen, auch innere Unterschiede hat man zu ihrer Bestimmung herangezogen und als solche innere Merkmale besonders den Willen der Parteien [1]). Dies hat man umso mehr getan, als es sich bei der Unterscheidung des Verwahrungsdarlehens vom Darlehen nach Planck [2]) mehr um eine wirtschaftliche als um eine juristische Verschiedenheit handeln soll. So sehen viele das unterscheidende Merkmal darin, daß das Verwahrungsdarlehen im Interesse des Gebers, das Darlehen im Interesse des Empfängers abgeschlossen werde [3]). Die Absicht der Parteien gehe beim Verwahrungsdarlehen nicht auf die Befriedigung eines Kapitalbedürfnisses des Verwahrers, sondern auf Aufbewahrung im Interesse des Hinterlegers, es bleibe bei einem im Interesse des Gebers geschlossenen Verwahrungsgeschäft und werde nicht zu einem Darlehensgeschäft im Interesse des Empfängers. Aber auch diese Unterscheidung nach dem Interesse der am Vertrag Beteiligten kann keine Klarheit schaffen. Jede Handlung wird durch ein Interesse des Handelnden bestimmt, sie steht unter dem Einfluß des durch die Handlung bezweckten Erfolges. Auf jeder Seite, bei jeder Partei muß ein Interesse vorhanden sein, sonst erscheint ein Vertragsschluß unvernünftig. In der Tat bringt jede der beiden Vertragsarten Vorteile für beide Seiten, auch das Verwahrungsdarlehen. Der Hinterleger will der Sorge des Aufbewahrens enthoben sein und überdies noch einen Zins erhalten, das ist eindeutig sein Interesse. Der Verwahrer seinerseits erhofft von diesem Geschäft Vorteile für sich, er will das fremde Kapital nutzen. Er will zwar dem Publikum Gelegenheit geben, sich der Aufbewahrungssorge von Geldern zu entledigen, daneben aber will er für seinen eignen Betrieb möglichst viel Kapital erhalten, darin liegt sein eignes Interesse. So haben beide Parteien — Hinterleger und Verwahrer — ein eignes Interesse an dem Verwahrungsdarlehen [4]). Niemeyer [5]) erklärt sogar das Interesse des Verwahrers für größer. Er mache fremde

---

[1]) So auch Best S. 19 und Bruckner Bd. 34, 62 gegen Niemeyer S. 139, der nicht so entscheidenden Wert auf den reinen Willen der Parteien legt.

[2]) § 700, 1.

[3]) Oertmann § 700, 1 a; RGR Komm. § 700, 1; Soergel § 700; Goldmann-Lilienthal S. 719; Matthiaß § 120 III A; Windscheid II § 379; Venediger S. 4.

[4]) So auch Schey, Obl. Verh. Bd. I Heft 2 §§ 50 ff. (S. 363); Best S. 31; Löwenstein S. 24; Prins S. 42.

[5]) S. 152. Fränkel S. 32.

Kapitalien in größerm Maßstabe seinen eignen Zwecken dienstbar, wogegen sich der Einleger mit einem geringen Zins begnügen müsse, den er durch den Verzicht auf Realsicherung teuer genug erkaufe. Die Interessen beider Parteien verbinden sich miteinander. Ebenso ist es beim Darlehen. Dort hebt gleichsam der Borgende das Geld für den Geber auf, und der Gedanke, das Geld in sicher Obhut zu wissen, spielt auch bei der Hingabe von Darlehen oft eine große Rolle [6]). Der Darleiher will aus dem vorhandenen Gelde Zinsen ziehen, deshalb ist die Ansicht Venedigers [7]), daß der Darlehensgeber ohne Interesse an dem Darlehen sei, als unbedingt abwegig anzusehen. Es ist vielmehr festzustellen, daß sowohl beim Verwahrungsdarlehen als auch beim Darlehen das Interesse auf beiden Seiten vorliegt. Freilich gibt es auch Ausnahmefälle, wie beim unverzinslichen Darlehen. Aber sie spielen im Wirtschaftsleben keine Rolle und können daher nicht dazu dienen, eine grundlegende Unterscheidung zu schaffen. Damit wird auch die besondre Meinung als unbrauchbar gekennzeichnet, daß im Einzelfall untersucht werden müsse, ob es sich bei einem vorliegenden Rechtsgeschäft ausschließlich um das Interesse des Hinterlegers handele, wo Verwahrungsdarlehen vorliege, oder ob ausschließlich beim Empfänger oder auf beiden Seiten ein Interesse bestehe, dann handele es sich um ein Darlehen [8]).

Und auch die Meinung muß als unbrauchbar verworfen werden, die zwar die Interessen beider Parteien anerkennt, aber den Unterschied darauf abstellt, welches Interesse am Vertrag überwiegt, derart, daß bei dem Verwahrungsdarlehen der Hinterleger, beim Darlehen der Empfänger in erster Linie am Geschäft interessiert sei [9]). Sobald man dies anwendet, kommt man zu unlösbaren Schwierigkeiten und unrichtigen Entscheidungen. Es ist z. B. durchaus abwegig zu behaupten, daß im Verkehr mit einer Bank das Interesse des Hinterlegers überwiege. Die Bank grade ist es, die auf diese Weise Geld zu niedrigem Zinsfuß erhält und instand gesetzt wird, es zu hohem Zinsfuß wieder auszuleihen. Uns scheint es sicher, daß hier das Interesse des Verwahrers, der auf diese Tätigkeit den größten Teil seiner Existenz aufbaut, gegenüber dem des Hinterlegers erheblich überwiegt [10]). Prins [11]) beruft sich in der Ablehnung der Unterscheidung nach dem Interesse besonders auf den Gedanken des § 353 HGB, daß ein Kaufmann nichts umsonst, d. h. ohne eignes Interesse, tue. Es ist ihm darin zuzustimmen, daß der Verwahrer bei ausschließlichem Interesse des Hinterlegers auch wohl kaum diesem noch Zinsen zahlen würde.

---

[6]) Hedemann S. 200.
[7]) S. 4.
[8]) Endemann, Handelsrecht (Cohn) III, S. 926; Kuhlenbeck, V. d. Pand. z. BGB II, S. 219 u. Handb. I, S. 500 Anm. 1; Löwenstein S. 24.
[9]) RG 1, 207; Enneccerus, Schuldv. § 168; Titze S. 126.
[10]) Siber S. 376; Hartleben S. 53.
[11]) S. 42.

Eine Unterscheidung nach dem Interesse ist daher unmöglich. Ein ausschließliches Interesse auf einer Seite kommt praktisch nicht in Betracht, und ebensowenig kann gesagt werden, daß das Interesse einer Partei überwiege. Die Interessenlage wird sich im allgemeinen auf beiden Seiten die Wage halten, sonst wäre der Vertrag nicht zustande gekommen. Liegt aber auf beiden Seiten ein gleiches Interesse an diesem Geschäft vor, dann ist, selbst nach Ansicht derer, die das Interesse als Unterscheidungsmerkmal wollen, der Vertrag ein Darleben.

### b) Geschäftszweck.

Weit verbreitet ist schließlich die Ansicht, die den Unterschied zwischen den beiden Rechtsgeschäften allein aus der Betrachtung ihrer wirtschaftlichen Natur herleitet. Hier soll der Unterschied so groß sein, „die Kluft so tief" zwischen beiden, daß eine Identifizierung eine Zerstörung der Harmonie der Rechtsordnung darstellen würde [12]). Eine wirtschaftliche Betrachtung schließe die Vereinigung beider Vertragsarten aus, zwischen den wirtschaftlichen Interessen der Beteiligten sei keine Vermittlung möglich, es sei ein Unding, das depositum irregulare als Darleben schlechthin behandeln zu wollen [13]). Auf die wirtschaftliche Zweckbestimmung („das innere Tatbestandsmerkmal" [14])) der beiden Rechtsgeschäfte müsse ihre Unterscheidung abgestellt werden [15]). Der Zweck gebe dem Vertrag seinen wesentlichen Inhalt, seinen innern Kern. Eine Betrachtung der wirtschaftlichen Zwecke unter Berücksichtigung der allgemeinen Lebensauffassung ergebe mit zwingender Notwendigkeit eine Unterscheidung zwischen Verwahrungsdarleben und Darleben und rechtfertige, obwohl die äußern Tatbestände gleich seien, die Annahme eines besonders gearteten und darum besondern Regelungen unterworfenen Verwahrungsvertrags [16]). Der Zweck bei dem Verwahrungsdarleben sei die Aufbewahrung der dem Verwahrer zur Obhut übergebenen Sachen für den Hinterleger, nicht der Gebrauch durch den Empfänger. Der Empfänger wolle dem Hinterleger durch die Aufbewahrung einen Dienst erweisen, er wolle ihm die Mühe und Sorge der Aufbewahrung abnehmen, er wolle nicht ein Darleben empfangen. Es bleibe also bei dem Verwahrungsvertrag, an dessen Wesen nichts dadurch geändert werde, daß nur die Rückgabe von Sachen gleicher Art, Güte und Menge vereinbart sei. Es würden dann nicht mehr die Stücke

---

12) Bruckner, Krit. Vierteljahrsschr. Bd. 34 S. 81.
13) Crome, Part. Rechtsgeschäfte S. 464.
14) Brandau S. 27.
15) Oertmann S. 839; RGR. Komm. § 700, 1; Staudinger § 700, 1 a, b; Warneyer § 700, 1; Enneccerus, Schuldv. § 168 Ziff. 2; Dernburg, Bürg. Recht § 351 I; Brandau S. 27; Ecker S. 41; Fränkel S. 36; Fülster S. 311; Leitner S. 4; Lowenstein S. 28; Prins S. 44; Unckell S. 14; Venediger S. 58; Wolde S. 25.
16) Brandau S. 27; Gierke § 204 V, S. 737.

in spezie, sondern der durch sie vorgestellte Vermögenswert verwahrt [17]). Die den Wert ausmachende Sache gehe beim Verwahrungsdarlehen in das Eigentum und das Vermögen des Verwahrers über, der Wert selbst aber bleibe im Vermögen des Hinterlegers und dieser Wert werde für den Hinterleger aufbewahrt [18]). Der Geschäftszweck sei Verwahrung geblieben und nicht Leihe. Der Hinterleger wolle dem Verwahrer nicht kreditieren [19]). Da aber ein Kreditieren in jeder Hingabe vertretbarer Sachen zu Eigentum gesehen werden könne [20]), sei das Verwahrungsdarlehen nur äußerlich ein Kreditverhältnis, das Kreditieren sei nur das Sekundäre, nur die mittelbare Wirkung, die zufällige Form des Anvertrauens zum Zwecke der Aufbewahrung, Hauptzweck bleibe stets die Aufbewahrung. Es werde also nicht kreditiert, um zu kreditieren, sondern um zu deponieren. Der Hinterleger wisse zwar, daß er kreditiere, aber er wolle doch deponieren [21]). Demgegenüber liege im Darlehen der unmittelbare Zweck im Kreditieren, das Darlehen sei in erster Linie Kreditverkauf [22]).

Diese Ausführungen, die die Verschiedenheit des Verwahrungsdarlehens vom Darlehen dartun sollen, sind jedoch abzulehnen. Zunächst ist immer daran festzuhalten, daß beide Geschäfte Kreditgeschäfte sind. Im Darlehen kommt dieser Kreditgedanke am klarsten zum Ausdruck. Aber auch aus dem Verwahrungsdarlehen ist er nicht wegzudenken [23]); denn durch die Vertretbarkeit der Sache und die Vereinbarung der freien Verfügung und der Rückgewähr von Sachen nur gleicher Art, Güte und Menge wird in den Verwahrungsvertrag die Kreditgewährung hineingelegt. Durch das Verwahrungsdarlehen wird grade die Verwahrung dem im Verkehr vorherrschenden Kreditgedanken zugänglich gemacht. Es kommt zu einem in creditum abire [24]). Indem auch in den Verwahrungsvertrag der Kreditgedanke eintritt, verbindet sich der Zweck des Verwahrungsvertrags mit dem des Darlehens. Der Hinterleger verfolgt den Zweck eines Menschen, der einen Verwahrungsvertrag abschließt, er will der Mühe und der Gefahr der Aufbewahrung enthoben sein, ohne sich dauernd der Verfügung über das Kapital zu begeben, daneben aber tritt gleich stark der Zweck des Darleihers, er will das Geld durch Zinsen nutzen. Der Verwahrer will dem Aufbewahrungsbedürfnis des Hinterlegers dienen, daneben aber verfolgt er die Absicht, wie ein Darlehensempfänger

---

17) Unckell S. 8.

18) Loewenstein S. 28.

19) Rießer S. 108; Unckell S. 58.

20) Kreß S. 216 Anm. 12: „Kreditgeben, z. B. durch Darlehen oder irreguläre Hinterlegung, § 700". Donner S. 22: das Verwahrungsdarlehen ist tatsächlich oft ein Kreditieren.

21) Dernburg § 351 I 1; Prins S. 45; Fränkel S. 36; Bruckner Bd. 34 S. 80.

22) Bruckner Bd. 34, S. 68: „Das Darlehen ist das creditum κατ᾽ἐξοχήν".

23) Best S. 75, die Mischnatur zeige sich darin, daß in beiden der Kreditbegriff enthalten sei.

24) Fränkel S. 36.

zu eignem Nutzen über das Kapital zu verfügen. So überschneiden sich in der Praxis die beiden Zwecke des Verwahrens und des Leihens, beide Parteien verfolgen beide Zwecke, beide wollen Verwahren und nutzen. Eine Unterscheidung nach dem wirtschaftlichen Zweck ist daher nicht möglich [25]).

Ja nicht einmal ein wirtschaftlich vorherrschender Zweck läßt sich in dem Geschäft feststellen. Der Hinterleger hat nicht in erster Linie den Aufbewahrungszweck im Auge, er will vielmehr, daß das Geld genutzt werde. An einem Aufbewahren dieser vertretbaren Sachen kann ihm nichts liegen. Denn ihm genügt der schuldrechtliche Anspruch auf Rückgabe artgleicher Sachen, der durch die Besonderheit der schnellen Verfügbarkeit noch besonders günstig für ihn ausgestaltet ist. Darüber hinaus aber hat die Allgemeinheit ein wesentliches Interesse an dem Zweck des Nutzens in diesem Geschäft; denn das Geld, das bei dem Hinterleger sonst ungenutzt liegen würde, wird so von dem Verwahrer zu größern Summen gesammelt und dann der Allgemeinheit zugute gebracht. Das Geschäft wird so von größter volkswirtschaftlicher Bedeutung als notwendige geldliche Grundlage für viele andre Geschäfte [26]). Durch dieses Interesse, das die Allgemeinheit daran hat, daß der Verwahrer Kapitalien in seiner Hand vereinigt, die er zu seinem Nutzen durch Weitergeben verwenden darf, könnte man sogar versucht sein, diesen Zweck des Geschäfts, das Nutzen durch den Verwahrer, also das Darlehensmäßige dieses Geschäfts, als überwiegend zu betrachten. Dies findet auch seinen Ausdruck in den Kodifikationen des 19. Jahrhunderts, obgleich diese Zeit der Herrschaft des gemeinen Rechts und zumal der gemeinrechtlichen Wissenschaft sich besonders gegen die Gleichstellung des Verwahrungsdarlehens mit dem Darlehen gesträubt und mit besonderm Nachdruck für die Selbständigkeit des Rechtsinstituts depositum irregulare eingesetzt hat. Alle diese Kodifikationen kennen kein Verwahrungsdarlehen als selbständiges Rechtsgebilde, sondern behandeln diesen Vertrag als ein Darlehen in der Weise, daß er sofort ein Darlehen bildet oder bei nachträglicher Gebrauchsgestattung in ein Darlehen übergeht. So besonders das Allgemeine Landrecht vom Jahre 1794 I Titel 14 §§ 83 84; Sächsisches BGB vom Jahre 1863 §§ 1874/76; Bayrisches Landrecht vom Jahre 1756 IV Kapitel 2 § 8 Ziff. 2; Oesterrei-

---

25) So Heule Schuldr. S. 58. Der Zweck ist für den Hinterleger, das Geld unterzubringen, und darum wird auch veräußert, da es zwecklos wäre, dasselbe Geld zurückzuerhalten, während für den Erwerber das Eigentum vorteilhaft ist. Daher kann der wirtschaftliche Zweck für die Unterscheidung nicht maßgebend sein.
Düringer-Hachenburg V 2, S. 1071: „ . . . über den zweifelhaften Wert dieser Unterscheidung . . .“.

26) Prieß S. 54; Wittekind S. 9.

chisches BGB vom Jahre 1811 § 959 [27]); ebenso die Entwürfe: Entwurf eines BGB für das Königreich Bayern vom Jahre 1861 Art. 665; Dresdener Entwurf eines für die deutschen Bundesstaaten gemeinsamen Gesetzes über die Schuldverhältnisse vom Jahre 1864 Art. 738.

Prins [28]) erklärt es für sehr merkwürdig, daß die herrschende Meinung keinen Einfluß auf die Gesetzgebung gehabt habe. Uns erscheint es dagegen klar und einleuchtend, daß die Gesetze sich den praktischen realen Verhältnissen, die allein über die wahre Natur des Geschäfts Auskunft geben können, nicht verschlossen haben. Diese zeigen, daß das Verwahrungsdarlehen sich weder äußerlich noch innerlich vom Darlehen unterscheidet. Zutreffend bemerkt daher auch Niemeyer [29]): „Im großen und ganzen weiß sich das Bedürfnis des Verkehrs in der Gesetzgebung Geltung zu verschaffen. Und wo die Gesetzgebung eine einheitliche Tendenz zeigt, wird man annehmen dürfen, daß sie sich im Einklang mit den realen Verhältnissen befindet."

Auf derselben Linie wollte auch der Entwurf I des BGB bleiben. Er bestimmte in seinem § 618, daß bei dem Hinzutreten der Gebrauchserlaubnis der bisherige Verwahrungsvertrag als ein Darlehensvertrag anzusehen sei. Gegen diese Fassung und damit gegen die Beseitigung des depositum irregulare als eines besondern selbständigen Rechtsinstituts wurde von der gemeinrechtlichen Wissenschaft Sturm gelaufen. Dem gab man nach den Protokollen [30]) nach und erklärte, daß zwischen den beiden Verträgen, dem Verwahrungsdarlehen und dem Darlehen, ein Unterschied im wirtschaftlichen Zweck bestehe, da das Verwahrungsdarlehen dem Interesse des Hinterlegers diene. Man gab daher dem § 640 des Entwurfs II die Fassung, daß auf solchen Vertrag „die Vorschriften über das Darlehen angewandt werden". Die Protokolle fügten aber auch, eigentlich im Widerspruch damit, hinzu, daß es bedenklich erscheine, an den theoretisch begründeten — eine Konzession an die damals herrschende Meinung —, praktisch aber sehr oft sehr schwer durchführbaren Unterschied zwischen depositum irregulare und Darlehen eine Verschiedenheit der Rechtsfolgen zu knüpfen. Damit hatte man zwar der theoretischen Zweckunterscheidung nachgegeben, hatte aber gleichzeitig angedeutet, daß es nicht beabsichtigt sei, das depositum irregulare als besondres, vom Darlehen getrennt zu behandelndes Rechtsinstitut in das BGB aufzunehmen [31]).

---

27) Dagegen versucht Schey, Obl. Verh. Bd. I Heft 2 §§ 50 ff. (S. 357 ff.) daneben für den Fall, daß nicht wie im § 959 der Gebrauch, wohl aber die Rückgewähr von tantundem statt idem gestattet ist, ein depositum irregulare auch für das österreichische Gesetz aufzustellen. Das ist unrichtig, denn dies wäre höchstens ein Summendepot = modifiziertes depositum regulare.
Gegen ihn auch die herrschende Meinung des österreichischen Rechts, vgl. Prins S. 50 Anm. 12.

28) S. 48.

29) S. 158.

30) II S. 397.

31) Vgl. Schollmeyer S. 135 Anm. 2.

Dies anerkennend, versucht Brandau [32]) eine letzte Rettung des depositum irregulare als selbständigen Rechtsinstituts dadurch vorzunehmen, daß er erklärt, das depositum irregulare sei im Corpus Juris sanktioniert, von der Glosse und den Postglossatoren anerkannt und nach Deutschland rezipiert, ihm sei nie gegenteiliges Gewohnheitsrecht entgegengetreten, daher habe sich das depositum irregulare durch jahrhundertelange fortgesetzte Anerkennung in der Praxis als gewohnheitsrechtlicher Bestandteil unsers Rechtssystems seine Existenz geschaffen [33]). Dem treten schon Prins [34]) und Niemeyer [35]) entgegen, und eindeutig fehlt es zu jeder Zeit an der wesentlichen Voraussetzung zur Bildung eines Gewohnheitsrechts, der communis oppinio [36]).

Die von der herrschenden Meinung angegebenen Unterschiede können also nicht davon überzeugen, daß das Verwahrungsdarlehen eine Artmischung aus Verwahrung und Darlehen darstelle und als selbständiges Rechtsinstitut zwischen beiden stehe. Es ist ein deutlich erkennbares Merkmal zur Unterscheidung zwischen beiden nicht gegeben [37]) und außer dem Namen ist nur ein ganz unwesentlicher Unterschied zwischen Verwahrungsdarlehen und Darlehen zu finden [38]). Die Aufrechterhaltung des Unterschieds scheint daher wesentlich auf dem gemeinrechtlichen Festhalten am Begriff des depositum irregulare zu beruhen. Daß die Römer aber dieses Rechtsgeschäft noch als depositum, wenn auch als ein besondres, ein über die gewöhnlichen Grenzen des depositum hinausgehendes behandelt haben, hatte, wie wir oben dargelegt haben, seine praktische und gute Begründung in den besondern Eigenarten des römischen Rechts, die im heutigen Recht nicht mehr von Bedeutung sind. Daher besteht für uns heute kein praktisches Bedürfnis mehr für „dieses abnorme römische Institut" [39]), was Best [39]) auch veranlaßt hat, den Wunsch auszusprechen, das Verwahrungsdarlehen praktischer Weise als Darlehen zu behandeln; der Verkehr würde dadurch wesentlich erleichtert werden, wenn die fast unmögliche, überdies nur begriffliche [40]) und rechtlich irrelevante [41]) Unterscheidung nach dem Hinterlegungs- oder dem Leihzweck fortfiele.

---

[32]) S. 22.

[33]) Endemann, Handelsrecht (Cohn) III, S. 928: Die Scheidung beider Verträge darf wohl als allgemeines handelsrechtliches Gewohnheitsrecht angesehen werden.

[34]) S. 47.

[35]) S. 134.

[36]) Selbst Brandau muß S. 21 zugeben, daß die Rechtsnatur nie unbestritten war. Vgl. überdies die Zusammenstellungen bei Niemeyer S. 80 ff. und Hartleben S. 12.

[37]) Leonhard, Schuldr. II S. 265.

[38]) Vgl. Siber S. 276 und Niemeyer S. 78: „Das ‚regelwidrige' depositum des römischen Rechts hat keinen besondern Körper. Es hat den Namen des depositum. Es ist Darlehen."

[39]) Best S. 106.

[40]) Münster S. 99; Wolde S. 38 Anm. 1.

[41]) Kuhlenbeck, BGB § 700, 1.

Diesen Wunsch hat die Praxis schon erfüllt, namentlich die Praxis des Handelsverkehrs. Es zeigt sich dies besonders in den Lehrbüchern des Handelsrechts, die fast ausnahmslos für Darlehen eintreten, da die handelsrechtliche Praxis das Geschäft als Darlehen ansieht. Namentlich Endemann [42]) bietet dafür eine Stütze, der die Auffassung vertritt, daß in Fällen, die dem heutigen § 700 Abs. 1 Satz 1 entsprechen, sofort und in Fällen des heutigen § 700 Abs. 1 Satz 2 mit dem Augenblick der Aneignung der Vertrag in ein Darlehen umgewandelt sei. An andrer Stelle [43]) bringt er seinen Standpunkt dahin zum Ausdruck, daß das moderne Deposit seinen Namen zu Unrecht trage. Es sei gar kein Deposit, nichts Hinterlegtes, sondern tatsächlich ein Darlehen. Einen ähnlichen Standpunkt nimmt Düringer-Hachenburg [44]) ein, wenn er sagt, daß das Verwahrungsdarlehen mit dem Darlehen eng verwandt sei, daß beide ineinander übergingen. Auch Cosack [45]) erklärt das Verwahrungsdarlehen für ein Darlehen, wenn auch besondrer Art. Denn es zeichne sich dadurch aus, daß der Darlehensempfänger gleichsam den Wert der Darlehenssumme für den Darlehensgeber verwahren, d. h. zu seiner Verfügung halten müsse. Gareis [46]) und mit ihm Thöl [47]) und Neumann-Hofer [48]) bemerken, daß diese Verträge sehr leicht in ein Darlehen übergingen, im Zweifel sei Darlehen sogar zu vermuten. Und schon Eccius [49]) hatte erklärt, daß als Ausdruck der modernen Rechtsauffassung gegen die Gleichstellung von depositum irregulare und Darlehen nichts mehr einzuwenden sei. So ist es denn richtig, mit Hedemann [50]) zu sagen, daß im Verwahrungsdarlehen der Uebergang der Verwahrung zum Typus Darlehen erfolge. Ein ursprünglich anders gedachter Typus wird hinterher in ein Kreditverhältnis umgewandelt, die Grenzen sind verwischt, es ist ein Darlehen [51]) geworden. Aus dem einen Hauptvertragstyp, Verwahrung, ist ein andrer, Darlehen, entstanden, ein Darlehen mit der Besonderheit, daß sich Zeit und Ort der Rückgabe, allerdings auch nur im Zweifel, nach dem alten Vertragstyp, der Verwahrung, richten sollen.

Wir sehen also in diesem dem Darlehen noch beigemischten Bestandteil aus der Verwahrung kein Merkmal des Unterschiedes, sondern lediglich einen Hinweis auf die Herkunft des Verwahrungsdarlehens.

---

[42]) Zeitschr. für HR. Bd. 4 S. 64.
[43]) Depositengeschäfte und Depositenbanken, S. 10 (bei Hartleben S. 56 zitiert).
[44]) V 2 S. 1071.
[45]) § 216 VI b.
[46]) S. 576.
[47]) I S. 995.
[48]) S. 10.
[49]) S. 291 Anm. 71.
[50]) S. 119 f.
[51]) Vgl. auch Leonhard, Schuldr. II S. 265.

## Lebenslauf.

Am 1. November 1910 wurde ich in Berlin als Sohn des jetzigen Postrats Paul Robbel und seiner Ehefrau Hedwig geb. Lange geboren und erhielt den Namen Paul Ulrich Robbel. Ich gehöre dem evangelischen Bekenntnisse an, auf das ich am 19. Februar 1911 getauft und am 7. März 1926 konfirmiert wurde. Ostern 1917 trat ich in die Vorschule des Leibniz-Gymnasiums zu Berlin ein und verließ es nach elf-einhalb-jährigem Besuch im Oktober 1928 mit dem Zeugnis der Reife. Für das Winter-Semester 1928/29 bezog ich die Friedrich-Wilhlems-Universität zu Berlin und ließ mich dort in die juristische Fakultät einschreiben. Ich habe dem Studium der Rechts- und Staatswissenschaften bis zum Wintersemester 1933/34 obgelegen und mich daneben in den Jahren 1930 – 1933 in der Studentenschaft, ihrem Vorstande und ihren Selbstverwaltungskörpern betätigt. Am 7. Februar 1934 unterzog ich mich am Kammergericht der ersten juristischen Staatsprüfung und bin seit dem 6. März 1934 als Gerichtsreferendar am Amtsgericht Sorau (Nd.-Lauf.) tätig. Im Sommer-Semester 1934 studierte ich an der Philipps-Universität zu Marburg und promovierte dort am 18. Juli 1934 cum laude zum doktor juris utriusque.

Ulrich Robbel.